

15.106

878

879
DISPUTATIONES THEOLOGICÆ

DE

JUSTITIA ET JURE,

AD

NORMAM JURIS MUNICIPALIS BRITANNICI ET
HIBERNICI CONFORMATÆ.

VOLUMEN SECUNDUM,

COMPLECTENS UNIVERSAM MATERIAM DE CONTRACTIBUS
IN GENERE ET IN SPECIE SPECTATIS.

AUCTORE

GEORGIO CROLLY,

IN COLLEGIO ST. PATRICII APUD MAYNOOTH
IN HIBERNIA,

SACRÆ THEOLOGIÆ DOGMATICÆ ET MORALIS PROFESSORE.

Property of

CLgA

Please return to

Graduate Theological

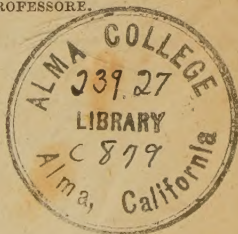
LIBRARY

M^cCLASHAN ET GILL, UPPER SACKVILLE-STREET.

LONDINI: BURNS, OATES, ET SOC., PORTMAN-ST.

1873.

14037



Nihil obstat.

E. J. O'REILLY, D. D., S. J.

Imprimatur.

PAULUS CARD. CULLEN,

Archiep. Dub. Delegatus Apostolicus.

Datum Dublinii,

Die 20 April. 1870.

Wm Lloyd Garrison

MONITUM AUCTORIS.

PIUS de Contractibus quam de Restitutione ideo tractandum esse duximus, quia obligatio restitutionis præcipue oritur ex fraudibus, ex dolis, atque ex aliis mediis injustis, quæ plurimi homines ad eos quibuscum contractus ineunt circumveniendos et decipiendos adhibent. Exempla fere innumera fraudum quibus utuntur homines in contractibus conficiendis in hoc opere videri possunt; præsertim ubi de usura et de venditione et emptione agitur.

Materia contractuum latissime patet; complectitur enim omnes possessiones et bona, tum corporalia, tum incorporalia, atque omnes actus et opera quæ inter objecta domini hominum privatorum numerantur. De his rebus plurima pacta non tantum inter cives ejusdem gentis, sed et inter eos et externos, et ab ipsis gentibus inter se conficiuntur. Leges etiam municipales uniuscujusque gentis magna ex parte ad hanc materiam pertinent; quæ ubique a theologis in tractationibus, tum de contractibus, tum de restitutione, proferuntur; et eorum resolutiones quæstionum moralium sæpe in præscriptis harum legum nituntur. Ea vero præscripta quæ aut ex jure civili, aut ex jure municipali aliarum gentium proferuntur, nullam apud nos vim habent, et non raro a jure nostro omnino discrepant. Sic quæ apud nos statuta sunt de testamentis, a præscriptis

tum juris civilis, tum juris municipalis aliarum gentium prorsus diversa sunt. Et tamen hæc præscripta juris nostri de testamentis ab omnibus civibus, et præsertim a sacerdotibus, accurate sciri debent. Agnoscunt ipsi jurisperiti præscripta juris nostri de contractibus difficilia esse atque impedita. Itaque hæc clare evolvere pro viribus studuimus, et exemplis numerosissimis ex decisionibus tribunalium allatis illustravimus. Totum insuper textum perlegit doctus et celebris jurisperitus, unus ex consiliariis Regis, qui dicuntur, ordinis sui decus atque ornamentum.

Leges etiam et constitutiones Ecclesiæ et SS. Pontificum quæ spectant ad contractus protulimus, et id diligentissime egimus ut veram earum significationem assequeremur. Hoc præcipue efficere voluimus in materia de usura, atque ostendere studuimus antiquiores et recentiores resolutiones quæ ad eam attinent inter se omnino consentire.

Quamquam magna et difficillima pars tractationis de Restitutione in hoc volumine continetur, attamen speramus nos, Deo dante, aliud volumen quo de Restitutione nominatim agetur, hoc ipso anno circa festum Nativitatis Domini Nostri emissuros. In hoc volumine index alphabeticus totius operis de Justitia, de Contractibus, et de Restitutione conficietur.

SCRIPSIMUS MANUTIÆ, NON. MAIIS,

ANNO REPARATÆ SALUTIS MDCCCLXXIII.

CORRIGENDA.

- Pag. 333, lin. 22, *pro* bilateralis *lege* onerosus.
 — 425, — 7, a fine paginae, in nota *pro* £3 17s. 6d. *lege* £3 17s. 10½d.
 — 508, — 9, *pro* ntendatur *lege* intendatur.
 — Ib. — 10, *pro* summalium *lege* summarium.

DISPUTATIONES THEOLOGICÆ

DE CONTRACTIBUS.

QUÆDAM sunt res quæ in omnibus contractibus inveniri debent; quædam vero quæ quibusdam tantum contractuum speciebus conveniunt. Itaque has disputationes in duas dividemus partes; in priore de iis rebus agemus quæ in omni contractu inveniri debent; in posteriore de compluribus contractibus in specie disputabimus.

PARS PRIMA

DE CONTRACTIBUS IN GENERE.

DISPUTATIO PRIMA.

DE CONTRACTUS DEFINITIONE, ORIGINE, ET DIVISIONE.

§ I. *De definitione contractus.*

1. CONTRACTUS sic appellatur quia duorum vel plurium voluntates in idem placitum contrahit. In jure civili, cujus doctrinam plerique sequuntur Theologi, pactum et contractus non idem significant. Pactum est duorum vel plurium in idem placitum conventio signo externo expressa. Quia hoc intercedit discrimen inter promissionem factam Deo, et promissionem factam homini, quod illa etiamsi animo solummodo fit, a Deo cognoscitur et accipitur; hæc vero nisi externe ab uno manifestetur, ab altero neque cognosci neque acceptari potest. Non tamen esset pactum nisi aliquam obligationem induceret, aut rem aliquam ab uno in

aliud transferret, aut jus aliquod extingueret. "Pactum aliud est gratuitum, quod ex una tantum paciscentium parte obligationem parit; cujusmodi est promissio stipulata, vel nude acceptata, secundum jus naturale, sine reciproca obligatione. Aliud vero est gratuitum pactum, per quod ex una tantum parte non quidem *obligatio in futurum oritur*, attamen jus aliquod conferitur, vel extinguitur. Huc pertinet imprimis acceptilatio, per quam debitum a creditore debitori gratis remittitur, et quasi acceptum habetur. Secundo spectat huc donatio ea, quæ a traditione incipit, et rei dominium in alterum gratis et sine ullius obligatione transfert. Aliud denique est pactum reciprocum, sive onerosum, quod ex utraque parte obligationem parit; et idem omnino est, quod *contractus stricte acceptus*, qui a Græcis *συμβαλαγμα* dicitur, et definitur ff. de verb. signif. ultro citroque obligatio." (a) "Contractus," ait Lugo (b), "accipi potest in *stricta* significatione, vel in *lata*. Primo modo est pactum, ex quo ultro citroque oritur obligatio, ut constat ex lege Labeonis ii. ff. de v. s. ubi ex sententia Labeonis dicitur contractum *esse ultro citroque obligationem*: accipitur enim ibi obligatio causaliter; non enim est contractus ipsa obligatio, sed causa obligationis. Ponitur autem ibi *pactum* loco generis, quia magis late patet quam contractus *stricte acceptus*. Promissio antequam acceptetur nondum est pactum, quia nondum convenit in idem utriusque voluntas. Pactum præscindit ab unius, vel utriusque obligatione: contractus stricte acceptus exigit obligationem utriusque mutuam. Nomine *obligationis* intelligitur, non quæcumque, sed obligatio *ex justitia commutativa*."

2. Itaque ad contractum stricte dictum efficiendum requiritur conventio duorum aut plurium qua ex utraque parte inducitur obligatio justitiæ commutativæ. *Obligatio* in præsentī materia, *est juris vinculum quo ex justitia commutativa ad aliquid faciendum vel non faciendum astringimur*. Non sufficit ergo obligatio ex fidelitate aut ex obedientia aut ex religione, sed ea solummodo quæ in lege justitiæ commutativæ fundatur. Hæc vero obligatio potest esse aut pure naturalis, aut pure civilis, aut mixta. Obligatio pure naturalis ea est quæ alligat in foro conscientiæ, ad quam tamen exigendam actio a jure municip. non conceditur. Talis in jure nostro est promissio qua Caius se obligat ad aliquid Junio sine ullo pretio (*without consideration*) dandum. Ad exigendam hanc promissionem nulla actio intendi poterit quamvis scriptis (non tamen sigillo Caii munitis) mandetur, et Caius expresse

(a) Layman, de Contractibus, cap. 3. (b) De Justitia, disp. 22, n. 1.

declaret se velle obligationem justitiæ commutativæ inducere. Similiter actio denegatur ad exigendam complurium contractuum executionem, nisi scriptis mandentur. Præscripta juris nostri circa hujusmodi conventiones omnino concordant cum præscriptis juris civilis de nudis pactis. Effatum erat juris civilis: ex nudo pacto non oritur actio. Nuda pacta (a) juris civilis prorsus diversa sunt ab iis conventionibus ad quarum peractionem exigendam actio apud tribunalia denegatur; sed in hoc conveniunt, quod quanquam actio non conceditur ad eorum executionem cogendam, eorum tamen "naturalem, sive in conscientiæ foro ortam obligationem jus civile (municip.) minime tollit; multo minus rei de qua conventum, solutionem, executionemve prohibet aut retractat; tamen ad vitandam civilium actionum et litium multitudinem, ejusmodi simplices conventiones non confirmat, id est non vult ut judex ad earum executionem debitorem compellat" (b). Quidam auctores inter nuda pacta numerant contractos illos quorum executio apud tribunalia exigi nequit, non quod actio denegatur, sed quia ex defectu testium aut instrumentorum probari non possunt. Sed non recte, quia contractus qui ad omnia juris præscripta essentialia confecti sunt, in foro tum conscientiæ tum civili obligant, quamquam per accidens obligatio in foro civili probari non potest.

3. Obligatio pure civilis ea est cujus executio apud tribunalia exigi potest, quamquam nulla est obligatio conscientiæ. Ad hunc tantum modum obligant leges injustæ, v. g., quibus possessiones Catholicorum et ecclesiæ Catholicæ in his aliisque regionibus abreptæ sunt. Hoc modo dicitur obligare sententia judicis quæ testimonio falso et injusto nititur. Husjusmodi præscripta et decreta sunt semper injusta, et minime in conscientia obligant. Quinimmo is qui suis possessionibus hoc modo privatur ad occultam compensationem recurrere potest ad damnum injuste illatum reparandum. Alia est obligatio quæ pure legalis dici potest; ea est quæ ex lege pure pœnali oritur. Suppono legem qua, v. g. aliquod vectigal imponitur esse pure pœnalem. Obligatio hæc ante sententiam est pure legalis, et si debitor eam mediis justis evaserit nullius injustitiæ reus est. Post sententiam vero vectigal in conscientia solvere tenetur, sed non statim tenetur solvere multam quæ in pœnam ei imposita est. Si hæc ab eo non exigatur eam ultro offerre non tenetur. Quum autem debito

(a) De his cf. si lubet; cf. Layman de pactis et contractibus, c. 2.; Lugo de Just. disp. 22. sect. 4. &c.

(b) Layman loc. cit. n. 1. Præscripta juris municip. circa hanc materiam infra exponuntur.

modo exigitur hanc etiam solvere tenetur, neque potest propter multam, multo minus propter vectigal solutum, ad ullam occultam compensationem recurrere. Hæc est quam theologi intelligunt legem obligantem post sententiam justam. Ante sententiam non obligat in conscientia, post sententiam vero obligat, ita ut in materia justitiæ ea quæ ex tali sententia exiguntur, nullo modo per occultam compensationem recuperare liceat.

Hoc etiam verum est de omni causa quo litigantes apud tribunalia bona fide de possessionibus aut bonis certant. Ante sententiam neutra pars alteri cedere tenetur, sententia vero sine dolo aut fraude secundum præscripta legis justæ prolata, pars victa (nisi ex præscripto legis appellatio concedatur) cedere tenetur, et nullo modo ad occultam compensationem recurrere potest ad seipsam indemnem reddendam.

4. Obligatio mixta ea est quæ ligat in foro conscientiæ, et cujus executio *per se* apud tribunalia exigi potest, quamquam *per accidens*, v. g. ex defectu testium aut instrumentorum hoc modo exigi non potest. In jure nostro præsentia testis (excepto matrimonio de quo non agimus) nunquam necessaria est ut valeat contractus qui verbis rite confici potest. Sæpe tamen necessarius est testis ad probandum contractum fuisse initum, aut ad ejus condiciones probandas. Neque requiritur testis quando exigit lex ut contractus scriptis mandetur aut etiam ut sigillo muniatur ut actio ad ejus peractionem exigendam intendi possit, nisi agatur de testamentis et de quibusdam aliis contractibus qui infra exponuntur. Reapse theologi testamenta ad materiam de contractibus revocant. Testamenta nisi nomina duorum saltem testium subscribantur, irrita sunt, ut suo loco dicemus. Defectus testium plerumque alios contractus irritos non facit, et proinde non obstat ne actio intendatur ad eorum executionem exigendam. Attamen si petitor obligationem juramento confirmat, et reus eodem modo eam deneget, ad juratos pertinebit declarare utri fides habenda sit. Quandoque etiam quum contractus secundum formam præscriptam confectus non est, aut quum etiamsi rite confectus est, instrumentum deperditum est, et alterutra pars graviter læderetur, nisi contractus confirmaretur, puta quia suam partem contractus impleverit, et altera pretium reddere recuset, remedium [*relief*], non solum a tribunalibus æquitatis, sed etiam a tribunalibus juris comm. obtineri potest. Quin etiam testamento deperdito, aut post mortem testatoris, aut sine ejus auctoritate, si hoc testamentum non revocaverit, et si probari possit per aliquem fide dignum qui testamentum legerit, quo modo in eo de rebus suis disposuerit, hæc dispositio a tribunalibus confirmabitur.

5. Ex dictis patet definitionem contractus conformari debere ad significationem qua ipsum vocabulum accipitur. Si enim per contractum intelligatur pactum ex utraque parte obligationem inducens, definiri potest: *Conventio in idem placitum, qua unus vel plures se obligant ad aliquid dandum, faciendum, aut omittendum erga unum vel plures, qui vicissim ad aliquod dandum, &c., contrahentibus ex altera parte obligantur.* Hoc sensu accipitur contractus a nostris jurisperitis, quia secundum præscripta juris nostri promissio sine ullo pretio data nisi sigillo promittentis munita sit, nullam obligationem legalem parit. Ideo jurisperiti (a) distinguunt promissionem gratuitam a contractu simplici; in hoc enim aliquid semper datur propter promissionem, non autem in promissione gratuita. Attamen promissiones gratuitaæ facto [*by deed*] firmatae, paucis casibus qui infra exponentur exceptis, obligationem legalem pariunt, et bona mobilia per donationem, et tum mobilia tum immobilia per testamentum sine ullo pretio et sine sollemnitate facti, ab uno in alterum transferri possunt. Et quamvis hi modi dominium ab uno in alterum per consensum partium transferendi, a contractu distingui possunt et propriis nominibus appellari, attamen magis conveniens videtur eos omnes nomine contractuum complecti. Quum enim promissiones gratuitaæ facto munitae ab omnibus nostris jurisperitis inter contractus numerentur, manifestum est, etiam ex eorum sententia, pretium ex natura rei non esse de essentia contractus, et præsertim quia agnoscunt in conscientia contractui gratuito standum esse, etsi facto non munia-tur. Eandem esse sententiam theologorum statim probabimus. Contractus itaque hac significatione latiore acceptus definiri potest: *Conventio in idem placitum qua unus aut plures se obligant, &c., erga unum aut plures qui vicissim non obligantur.*

6. Sed re vera tum theologi tum jurisperiti inter contractus recensent conventiones, ex quibus quando omnino perfectae sunt, nulla oritur obligatio. Talis est donatio quæ incipit a rei traditione, et tamen hæc a theologis omnibus inter contractus de quibus in specie disputant numeratur. In re tam aperta sufficiet verba Lugonis proferre. “Accedimus jam,” ait (b), “ad contractus in particulari et incipimus a *donatione*, et promissione: non loquimur autem de promissione mutua, quæ pertinet ad

(a) Cf. Stephen, *New Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. p. 55., editio 5^a, Londini, 1863; Chitty's *Treatise of the Laws of Contracts*, by Russell. London, 1868, p. 16, et seq.; Smith's *Law of Contracts*, by Malcolm. London, 1865, p. 133, et seq. Testimonia horum auctorum ex iis editionibus semper preferuntur.

(b) In præcæm. ad disp. 23.

contractus onerosos, sed de promissione liberali et gratuita." Nostri vero jurisperiti materiam contractuum ad res mobiles solas restringunt. Sed sane venditio et emptio rei immobilis, id est agrorum, aut etiam *status* immobilis, æque est contractus atque venditio et emptio mercium. Equidem quando Caius contractum init cum Julio ut ei agros determinatos vendat, pretio constituto, et alteruter recusat contractum exsequi, tribunalia juris com. eum cogere nequeunt ad contractum implendum, sed solummodo actionem dant ad damna per eum non servatum illata resarcienda. Caium autem ut solum dominum agrorum usque eo respiciunt donec per factum abalienationis [*deed of conveyance*] in Julium transferantur. Quia ergo tota vis transferendi dominium facto abalienationis attribuitur, ipsa pacta non nomine contractus quo inter partes convenit, sed nomine instrumenti quo legaliter perficitur appellantur. Sed manifestum est conventionem partium esse veram causam transferendi dominium agrorum et pretii ab uno in alterum, et factum esse solummodo instrumentum quo probatur in contractu ineundo præscripta juris municip. servata esse. Tribunalia vero æquitatis distinguunt statum legalem ab æquitabili, et Julium respiciunt ut dominum status æquitabilis vi contractus, et Caium solummodo ut ejus fiduciarium, quem cogent statum legalem per factum abalienationis Julio concedere. Manifestum ergo est instrumentum abalienationis solummodo esse formam contractus a jure præscriptam. Aliunde donatio rei mobilis, re non tradita, nullam vim habet nisi facto perficiatur, quo non obstante, hoc pactum non factum sed donatio appellatur. Et plures sunt contractus, ut infra videbimus, qui nullam vim legalem habent nisi instrumento scripto perfecti sint qui non nomine instrumenti, sed contractus appellantur (*a*). Nulla ergo solida ratio est quare conventiones quibus possessiones immobiles abalienantur inter contractus numerari non debeant.

7. Equidem jurisperiti ne donationes quidem rerum mobilium in contractibus ponunt (*b*), fortasse quia quando donatio fit per rei traditionem, nulla remanet obligatio. Sed in donationibus per factum donator obligatur ad rem tradendam, et etiam in donatione causa mortis, est obligatio ex parte donatarii rem priori domino reddendi, si is sanitatem receperit. Deinde jurisperiti alias conventiones inter contractus numerant, quibus omnino completis nulla manet ex alterutra parte obligatio. Ab iis enim contractus dividuntur in eos qui tempore contractus ineundi statim executioni mandantur, et in eos qui executioni mandandi sunt.

(*a*) Cf. si lubet Steph. vol. 2. p. 55.

(*b*) Cf. Stephen. vol. 2. p. 46.

Sic si Caius dicat Julio : nunc ipsum tibi tradam equum meum, si tu equum tuum eodem tempore mihi trades, et Julius similiter promittat Caio, et statim equos inter se permutent, nulla obligatio ex hoc contractu oritur, quia perfecta et absoluta non est donec res tradantur (a). Nobis itaque videtur in materia iustitiæ nomine contractus intelligi posse omnes conventiones quæ aut utramque partem aut alteram saltem ad aliquid agendum aut omittendum ex iustitia obligant, aut quibus dominium cujusvis rei ex mutuo consensu ab una aut ab utraque parte datur et accipitur. Hæc notio contractus necessaria est, ut ex dictis patet, ut in eâ, tota materia de qua nomine contractuum agunt theologi et jurisperiti contineatur.

8. Contractus hac significatione acceptus sic definitur: *Conventio in idem placitum, qua unus vel plures se obligant ex iustitia commutativa, erga unum vel plures qui vicissim obligantur, ad aliquid dandum faciendum vel omittendum, aut qua aliquid ex utraque parte datur et accipitur, aut qua aliquid promittitur vel datur ex una parte et ex altera accipitur.*

Dicitur 1. *conventio*; hoc vocabulum latius patet quam contractus etiam sensu exposito acceptus. "Conventionis verbum," ait Ulpianus (b), "generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt." Possunt complures convenire, v. g. de itinere simul faciendo proxima ætate ad limina Apostolorum sine ulla obligatione, et tunc erit merum propositum; aut possunt sese obligare ex fidelitate aut ex voto, sed quia nulla adest obligatio iustitiæ, hæc conventio non est contractus. Utrum conventiones quæ obligant ex fidelitate, religione, &c., dici possint contractus necne est quæstio quæ ad nostrum propositum non pertinet; quia tantum agimus de iis conventionibus quibus dominium rerum transfertur.

Dicitur 2., *in idem placitum*; quia omnino necessarium est ut conventio in eodem sensu ab omnibus contrahentibus intelligatur. De hac re infra, ubi de dotibus consensus qui in contractibus requiritur, agetur.

Dicitur 3., *qua unus vel plures se obligant ex iustitia commutativa, erga unum vel plures qui vicissim obligantur*, quibus verbis indicatur contractus bilateralis, ex utraque parte obligationem iustitiæ commutativæ inducens.

(a) "A contract may be either *executed*—as if A. agrees to change horses with B., and they do it immediately, in which case the *possession and the right* are transferred together." Id. ibid., p. 58.

(b) L. 1. 1. sect. 3, ff. 2. xiv. de Pactis.

Dicitur 4., *ad aliquid dandum, faciendum, aut omittendum*; quibus verbis indicatur materia contractus, de qua infra tractabimus.

Dicitur 5., *aut qua aliquid ex utraque parte datur et accipitur*; quibus verbis indicantur contractus *reales* qui nonnisi traditione rerum de quibus pactum est perficiuntur.

Dicitur 6., *aut qua aliquid promittitur vel datur ex una parte, et ex altera accipitur*; his verbis promissiones gratuitæ quæ ex justitia obligant, donationes et etiam testamenta, et acceptilationes quibus creditor gratis debitum remittit, indicantur.

9. Quædam promissiones in gratiam reipublicæ factæ, quæ *pollicitationes* appellabantur, ex præscripto juris civilis antè acceptationem obligabant; sed nullum tale præscriptum in jure nostro viget, et certum est neque promissiones neque donationes ante acceptationem aut ab ipso promissario aut donatario aut ab alio qui ejus nomine promissionem vel rem accipit, obligare, ut infra exponetur.

Contractus, ut in tractatu de Justitia n. 87, exposuimus iniri possunt, non solum inter homines privatos, sed etiam inter rempublicam et cives privatos, et inter diversas communitates et nationes.

§ II. *De origine contractuum.*

10. Origo contractuum generatim sumptorum ex ipso jure naturæ repetenda est; facta enim divisione et appropriatione rerum, unicuique integrum esse debet omnibus modis licitis res suas abalienare aut permutare. Equidem ex iis quæ de justitia n. 99, exposuimus liquet neminem *ex justitia* teneri, nisi adsit aliqua specialis causa, ullum actum positivum alteri præstare, et proinde neminem teneri ullo modo bona sua in alterum transferre. Sed jus habet strictum ut ab his actibus ne prohibeatur, et lex humana quæ omnes contractus et permutationes bonorum prohiberet, bono publico maxime noceret, et ideo omnino irrita esset. Idem dicendum est de potestate quæ competit variis nationibus contractus inter se incundi. Nulla respublica jure naturali tenetur pacta cum exteris gentibus inire, sed ab alia republica potentiore ne hoc agat prohiberi juste nequit, nisi tempore belli, aut ob aliam gravissimam causam. Et quanquam quælibet respublica potuerit ab initio vixisse secum sola, iis contenta rebus quæ in suo territorio inventæ sint, attamen quia *non omnis fert omnia tellus*, pleræque gentes pacta de commercio inter se habendo inierunt. Hoc autem commercium nunc aliquibus gentibus necessarium est, non solum ut utilia et delectabilia, sed etiam ut quæ ad vitam sunt necessaria obtineantur. Potest autem aliqua

respublica ob causam rationabilem suos cives prohibere ne exerceant commercium cum exteris gentibus; sed nisi existeret gravis causa, lex qua prohiberetur omne tale commercium esset bono publico nociva, et ideo irrita; quia jure saltem gentium nunc unicuique integrum est mercaturam cum exteris gentibus facere. Attamen si aliqua respublica etiam sine ulla causa suis subditis omne commercium cum exteris gentibus interdiceret, non ideo possent aliæ gentes illam cogere vi et armis commercium cum ipsis habere; quia est sui juris, et nullam infert injuriam eis gentibus quibuscum suos subditos prohibet mercaturam facere, aut contractus inire. Revera tamen omnes gentes exultæ commercium inter se habent, et pacta confecerunt quibus hoc commercium regitur.

11. Non tamen putandum est eosdem contractus ubique inter varias gentes etiam exultas vigere; quandoque enim aliquod pactum inter duas tantum respublicas conficitur; quandoque inter plures, et hæ leges humanæ seu contractus nonnisi gentes inter quas confecti fuerint respiciunt et obligant. Unaquæque gens, itaque, ex lege ipsa naturali potitur jure contractus cum aliis gentibus ineundi, quanquam ad hoc non obligatur; et cives uniuscujusque reipublicæ (nisi hæc facultas ob justam causam restringatur) ex lege naturali contractus cum concivibus inire possunt; et ex jure saltem gentium commercia licita cum exteris gentibus earumque civibus habere. Potest tamen quælibet respublica alienos e suo territorio omnino excludere, et multo magis eos prohibere ne ibi commercii faciendi causa veniant. Quatenus alieni in nostro territorio degentes mercaturam facere prohibeantur infra, ubi de iis qui contrahere possunt, exponetur.

12. Quærun't theologi 1. an aliquis contractus (excepto matrimonio) a jure aut naturali aut divino in specie institutus sit; et plerumque negative respondent. Etsi hoc verum est aliqua tamen explicatione indiget. Quando enim proximus gravi necessitate laborat, recta ratio exigit ut ei subveniamus. Non autem tene-mur si sit aliunde dives ea quibus indiget gratis donare, sed ea dare possumus hac conditione ut postea nobis compensatione retribuatur. Hoc pactum utique est contractus; sed ejus ratio in specie infima a jure naturali non definitur. Possunt enim contra-hentes convenire de compensatione facienda in bonis aut ejusdem aut diversi generis, aut labore et opera reddenda, aut aliis multis modis, qui omnes speciem contractus mutant, ut ex dicendis patebit.

13. Quærun't 2. quatenus aliqui contractus formam suam specificam a jure gentium accipiant. "In quocumque contractu,"

ait Suarez (a), “tria possunt distingui, unum est particularis modus contrahendi, et hic ordinarie pertinet ad jus civile, et sæpe fieri potest arbitrio contrahentium, non repugnante aliquo jure: secundum est observatio contractus postquam consummatus est, et hoc pertinet ad jus naturale, ut constat; tertium est libertas contrahendi commercia cum hominibus non inimicis, vel hostibus, et hæc est de jure gentium, quia jus naturæ per se ad hoc non obligat; potuisset enim una respublica per se vivere, et nolle commercium cum alia, etiamsi non esset inimica: jure autem gentium introductum est, ut commercia sint libera, violareturque jus gentium si absque causa rationabili prohiberentur. . . . Ratio autem est quia humanum genus quantumvis in varios populos, et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam, sed etiam politicam, et moralem, quam indicat naturale præceptum mutui amoris, et misericordiæ, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos et cujuscumque nationis. Qua propter licet unaquæque civitas perfecta, respublica, aut regnum, sit in se communitas perfecta, et suis membris constans, nihilominus et quælibet illarum est et membrum aliquo modo hujus universi, prout ad genus humanum spectat: nunquam enim illæ communitates adeo sunt sibi sufficientes sigillatim, quin indigeant aliquo mutuo juvamine, et societate, et communicatione, interdum ad melius esse, majoremque utilitatem: interdum vero etiam ob moralem necessitatem.” Quin etiam physice necessarium aliquando est commercium cum exteris gentibus, quando nempe populus alicujus regni ita numerosus fit, ut proprium territorium non sufficiat ad civibus ejus res ad vitam necessarias præbendas.

14. Quod attinet vero ad formam specificam contractuum, auctores plerumque docent hanc non a jure gentium sed a jure civili derivari. Equidem Justinianus dicit (b): “Ex hoc jure gentium et omnes penè contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.” Suarez (c) vero docet hos contractus pertinere ad jus gentium late sumptum, quatenus similibus contractibus omnes gentes exultæ utuntur; sed eorum vim obligandi a legibus municipalibus derivari. Lex municipalis uniuscujusque gentis potest sine dubio sollemnitates præscribere quæ a suis civibus et ab alienis intra ipsius territorium contractus celebrantibus servari debent; *locus enim regit contractum*. Et in hoc sensu vera est doctrina Suarezii. Sed nulla respublica posset ipsos contractus permuta-

(a) De Legibus, lib. 2. c. 19. nn. 7 et 9.

(b) 1. 2. sect. 2.

(c) De Legibus, lib. 2. c. 19. n. 10. et c. 20, n. 1.

tionis, venditionis, emptionis, mutui, &c., quoad substantiam spectatos abrogare; quia multiplicato genere humano hujusmodi contractus ad convictum humanum necessarii sunt. Aliunde, ut supra diximus, facta divisione et appropriatione rerum, jus habent cives ex ipsa lege naturali, servatis sollennitatibus legalibus his modis disponendi de rebus quarum pleno dominio et administratione potiuntur. Olim apud nos quidem legibus cautum est ne dominus status talliati eum abalienaret (*a*); sed hoc præscriptum utpote bono publico nocivum nunc fere abrogatum est, et initio latum est ob commodum ipsorum dominorum agrorum, ut de justitia agentes exposuimus (*b*). Sed lex humana qua prohiberetur indiscriminatim omnes venditiones emptiones, omnes commutationes omnia mutua esset omnino injusta et irrita; et hoc sensu vera est doctrina Justiniani.

§ III. De contractuum divisione.

15. Contractus dividuntur 1. in unilaterales et bilaterales. Contractus unilateralis is est quo unus vel plures sese obligant erga unum vel plures qui vicissim non obligantur. Tales sunt promissiones gratuitæ, donationes, re nondum tradita, precarium, et testamentum. Contractus bilateralis is est quo unus vel plures sese obligant erga unum vel plures qui vicissim obligantur. Dividuntur 2. in gratuitos et onerosos seu synallagmaticos, quod verbum ducitur ex vocibus græcis *συν* (cum) et *ἀλλασσω* (permuto). Hæc divisio dicitur a multis in præcedentem recidere. "Contractus enim *gratuitus*," aiunt, "*est unilateralis, et onerosus bilateralis*" (*c*). Sed hoc prorsus falsum est, jam enim ostendimus n. 7, dari posse contractus onerosos, ex quibus nulla oritur obligatio ex alterutra parte, et hi sane ad contractus bilaterales revocari nequeunt. Neque est contractus gratuitus idem ac contractus unilateralis, qui "fit, cum unus aut plures se obligant erga unum aut plures non obligatos" (*d*); quia commodatum, mutuum, depositum, mandatum, &c., inter contractus gratuitos numerantur a theologis, quanquam et ipsi recensent *mutuas obligationes* quæ ex his contractibus inter partes contrahentes nascuntur. Itaque contractus gratuitus is est ex quo una tantum pars commodum accipit (sive mutua obligatio inde oritur sive non). Contractus vero onerosus is est ex quo utraque pars commodum accipit. Hic contractus ut vidimus existere potest sine ulla obligatione ex alterutra parte. Existere etiam potest cum obligatione ex una parte solummodo. Caius e. g. in nundinis publicis vult equum suum

(*a*) Cf. de Justitia, n. 293. et seq.

(*b*) N. 297.

(*c*) Cf. Gury de Contractibus, n. 754.

(*d*) Id. ibid.

Julio vendere quinquaginta libris. Julius dicit se paratum esse equum emere hoc pretio, sed id solvere non posse nisi post mensem. Caius dicit se velle vendere pecunia præsentis, sed si alium emptorem non inveniatur, paratum esse equum tradere Julio die sequenti secundum conditiones propositas; et revera equum ad eum mittit die sequenti. Hic contractus non perficitur nisi traditione equi, sed equo tradito, nulla obligatio manet ex parte Caii, sed solummodo ex parte Julii ut pretium solvat. Similiter, ut vidimus, ex contractu gratuito oriri potest obligatio ex utraque parte ut in commodato, aut ex una parte ut in precario, ubi nulla est obligatio ex parte domini rei, sed solummodo ex parte accipientis, qui tenetur eam reddere domino quandocumque exigetur; aut ex neutra parte, ut in ea specie donationis quæ a rei traditione incipit.

16. Contractus dividuntur 3. in *reales* et *consensuales*. Contractus realis is est qui non perficitur nisi re tradita, ut mutuum, commodatum, &c. Potest quidem solis verbis pactio fieri de mutuo postea dando, aut de commodato præstando; sed tales conventiones omnino diversæ sunt ab ipsis contractibus qui necessario rei traditionem exigunt. Contractus consensualis is est qui verbis vel scriptis sine ulla rei traditione perficitur. Talis est non solum promissio gratuita, sed et venditio emptio, locatio conductio, et innumeri alii contractus qui solo jure naturali spectato, verbis aut scriptis perfici possunt. Traditio enim lege naturali ad translationem domini necessaria non est, ut de justitia agentes exposuimus. In iis contractibus ineundis qui lege naturali spectata solis verbis aut scriptis perfici possunt, quandoque aliqua traditio ex præscripto juris municip. requiritur; de hac re suo loco disputabimus.

Contractus consensualis dividitur in contractum qui executioni mandatur, et in eum qui nondum executioni mandatus est. Exemplum contractus consensualis qui executioni mandatus est supra n. 7. protulimus. Aliquando executioni ex utraque parte mandatur, ut si Caius equum suum vendit Julio, et equus traditur et pretium solvitur; aliquando ex una tantum parte executioni mandatur, ut si Caius equum tradiderit pretio non soluto, aut vice versa; denique si contractus venditionis et emptionis rite initus est, equo non tradito neque pretio soluto, executioni ex utraque parte mandandus est.

17. In contractibus quibus dominium rerum prorsus ab uno in alterum transfertur ut in exemplo allato, nulla manet obligatio ex ipso contractu, nisi aliqua extranea conditio adjiciatur, postquam executioni mandatus fuerit ex utraque parte; quando ex una parte executioni mandatus fuerit, obligatio manet ex altera

tantum; et quando ex neutra parte executioni mandati fuerint, obligatio ex utraque parte existit. Sed quando res de quibus contrahitur non perfecte abalienantur, sed finito tempore statuto reddi debent priori domino aut alicui alteri, semper manet obligatio ex una aut ex utraque parte. In contractibus commodati, mutui, &c., qui executioni mandantur quando res commodatario et mutuatario traduntur, adhuc manet obligatio ex utraque parte. Similiter quando agri in annos locantur, nullo redditu reservato, adhuc manet obligatio ex utraque parte, ex parte domini eos non repetendi ante tempus statutum, quæ quidem obligatio est solummodo negativa; ex parte vero tenentis, qui ad agros tempore statuto reddendos obligatur, est positiva.

18. Quando promissio, sive gratuita est sive non, executioni mandatur, novus contractus semper conficitur. Sic si Caius promittat se equum suum commodaturum Julio, qui promissionem excipit, hic contractus non est commodatum, ut patet; equo vero tradito, quo promissio executioni mandatur, contractus commodati efficitur. Idem dicendum est de promissione donationis, permutationis, venditionis emptionis, &c.; primo enim datur tantum promissio horum contractuum, sed per executionem promissionis ipsi contractus conficiuntur, etiamsi in contractibus consensualibus res non tradantur. Diversa enim est promissio venditionis ab ipsa venditione. Hæc distinctio gravis momenti est in jure tum naturali tum municipali. Promissiones enim dominium rerum ab uno in alterum nunquam transferunt, et quando sunt gratitæ sæpe non sunt contractus proprie dicti, quando nempe promissor non vult se ex justitia commutativa sed tantum ex fidelitate obligare. In jure municipali obligat *contractus de ipsa locatione agrorum* verbis initus, quando fit in spatium temporis tribus annis haud longius, sed ad exigendam *promissionem* hujusmodi locationis verbis tantum datæ lege agi nequit. Deinde ut infra exponetur executio promissionis nullo accepto pretio [*without a consideration*] datæ, nunquam exigi potest apud tribunalia; sed si promissor rem promissam dederit, hanc iterum vindicare nequit. Caius sine ullo pretio promittit Julio se soluturum pecuniam quam hic debet Sylvio: Julius hanc promissionem apud tribunalia exigere nequit, sed si ipse Caius promissionem executus sit, non poterit pecuniam solutam lege repetere.

19. Contractus dividuntur 4. in expressos [*explicit*] et virtuales seu implicitos [*implied*]: Prior fit verbis, scriptis, aut aliis signis quibus consensus partium directe manifestatur. Posterior fit, quando etsi consensus partium in contractum expresse

non datur, attamen ex eorum actibus contractum initum esse, verumque consensum datum rite infertur. Contractus virtualis etiam quasi contractus appellatur. Secundum nostros jurisperitos (a) omnis contractus virtualis ex mera interpretatione juris municip. provenire dicitur. Equidem contractus virtualis legalis multiplici modo a tribunalibus existere judicatur, nempe, 1. ex obligatione legali; 2. ex consensu præsumpto; 3. ex usu et consuetudine loci; 4. ex præviis actibus ipsorum contrahentium in similibus circumstantiis; 5. ex quibusdam actibus non justis; et 6. denique ex eo quod Caius aut sponte aut rogante Julio ejus negotia peragit aut peragenda suscipit. In primo fere solo casu nascitur contractus ex fictione pure legali; in aliis vero ex consensu tacito partium rite deducitur (b). Itaque contractum virtualem existere deducitur, 1. ex judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert, quo Caius certam pecuniæ summam Julio solvere jubetur; quamquam nullus fuerit contractus aut promissio inter partes, et actio intenta fuerit ad damni illati compensationem obtinendam. Ex hac fictione legali, quando ex judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert, aut Anglici, aut Hibernici, aut Scotici, aut Jamaicani, aut apud gentem exteram si tamen reus de lite cognoverit antequam judicium prolatum fuerit; aut ex decreto delectorum ex consiliariis regiis ad quos appellari potest, declaratur summam pecuniæ a Caio deberi Julio, actio *in forma ex contractu* intendi potest ad hanc summam exigendam. Idem fieri potest quando ex decreto tribunalis æquitatis colonici declaratur certam summam deberi Julio a Caio ad rationes inter eos adæquandas; sed actio *in forma debiti* intendi nequit propter judicium Curiae comitatus in Anglia, aut ejus qui tanquam judex [*chairman*] trimestribus magistratuum sessionibus præsidet in Hibernia; et incertum est an intendi possit propter decretum Curiae summæ Cancellariæ.

(a) It was said by Lord Holt "that the notion of promises in law is a metaphysical notion, *for the law makes no promise but where there is a promise of the party*;" and perhaps, after all, the chief distinction between an express and an implied contract is in the mode of substantiating it. But wherever a contract is once proved, the consequences resulting from the breach of it must be the same, whether it be express or implied. . . . Thus it is held, that bankers having sufficient funds of a customer, *impliedly* undertake to pay a cheque drawn, or a bill accepted by a customer, within a reasonable time after the receipt of such funds, provided the bill or cheque be presented for the purpose within business hours; and that if they neglect to do so an action for damages may be brought against them on the implied contract, just as if it had been express.—Chitty, p. 56.

(b) Cf. Stephen, vol. 2. p. 57. ubi ait: "There is also a numerous class [of contracts] which are implied—that is, *resting on a mere construction of law*, and in general it will be implied that a man actually promises to fulfil that which he ought to fulfil."

Contractus virtualis existere judicatur, 2. ex consensu præsumpto, ut si dominus agrorum denunciât tenenti, aut possessionem agrorum ad tempus statutum sibi esse reddendam aut dehinc redditum annuum majorem solvendum, tenens autem possessionem retinet agrorum, tum præsumitur tenentem redditum majorem solvere consensisse. 3. Ex usu et consuetudine quæ universim prævalet in aliquo loco in contractibus qui quasdam artes aut negotia respiciunt conficiendis; vi cujus certæ conditiones virtualiter in contractibus continentur nisi expresse excludantur. Itaque Caius nave Julii refecta ad Tamesim flumen, recusavit eam tradere donec impensæ navis reficiendæ solverentur. Quum vero Julius probasset consuetudinem universim invaluisse, ut qui artem ædificandi naves exercerent ad Tamesim flumen, impensas statim ne exigèrent, judex supremus declaravit contractum implicitum in hunc effectum inter partes extitisse. Et hoc præscriptum observatur etiamsi Caius quum contractum iniit consuetudinem ignoraverit. 4. Ex præviis actibus ipsorum contrahentium in similibus circumstantiis. Sic Caius fœnus jure exigere potest a Julio si antea ex similibus rationibus [*accounts*] inter eos semper solutum est. Itaque quamvis plerumque tribunal æquitatis in rationibus inter socios adæquandis fœnus ei qui majorem sortem contulerit non adjudicabit, attamen si ex more qui inter partes prevaluit, colligi potest, fœnus in his circumstantiis solvendum esse, decretum in hunc effectum a tribunali feretur. Consuetudo quæ universim servatur ab aliquo negotiatore, aut a societate speciali, non obligat eos qui hujus consuetudinis indicium non habuerint. Sic quamvis probetur secundum consuetudinem alicujus argentariæ usuras usurarum exigi, non tamen cogi potest aliquis qui pecuniam mutuam ab hac argentaria acceperit has usuras solvere nisi hujus consuetudinis indicium habuerit.

Contractus virtualis, 5. existere non raro judicatur ex actibus non justis, ut si Caius injuste detineat agros Julii, hic potest illum aut ut injustum invasorem ejicere, aut redditum ab eo exigere. Item si Caius apud se detineat Sylvium discipulum Julii artificis, hic actionem Caio ex contractu implicito ad pretium operæ Sylvii recuperandum intendere potest. Item si Caius suadeat Julio ut merces vendat Sylvio qui solvendo non est, et postea has merces in proprium commodum obtinuerit; aut si uxorem a domo sua injuste expulerit, et Julius ei necessaria suppeditaverit, hic ex contractu virtuali actionem Caio intendere potest, etiamsi in ultimo casu expresse ei denunciatum fuerit ut necessaria ne suppeditet. Item potest Caius sæpe actionem Julio intendere propter actum non justum per injuriarum formulam aut in forma ex contractu *ad pecuniam ex contractu vir-*

tuali debitam recuperandam. Et huc revocari possunt multi casus in quibus Caius ob actum non justum Julii pecuniam solvere coactus est; unde ille huic actionem intendere potest ad pecuniam recuperandam, quam ex interpretatione legis rogante Julio solverit. Duo ultimi casus fictione pure legali sed iustantur. Similiter quando Caius iter fecit vehiculis quæ viam ferro stratam oblectationis causa percurrerant, quum nosset nullas licere sarcinas secum portare, is vero capsam secum clanculum tulit, declaratum est a iudice contractum implicitum inter eam et societatem intercessisse, et ideo capsam detineri posse donec pretium vectionis solveretur. Quæ sententia iuste prolata est.

Denique 6. contractus virtualis existere iudicatur ex eo quod Caius aut sponte aut rogante Julio ejus negotia peragit, aut peragenda suscipit. Sic si Caius negotia Julii peragenda suscipiat, tenetur hæc debita diligentia peragere, et consuetudinem artis, aut commercii in quo versantur servare. Item si Caius Julio absente et in scio, hujus uxorem debito modo sepelierit, aut si exsecutore testamenti Julii absente et in scio, Caius hunc sepelierit, tenebuntur Julius et exsecutor ex contractu implicito impensas funeris solvere. Et quando, ut infra videbimus aliquis contractus irritus est utpote scriptis non mandatus, si a Caio aut omnino aut ex parte executioni mandatus fuerit, alter contrahens Julius obnoxius est non ex explicito contractu, sed ad *quantum meruit* solvendum, id est pretium commodi accepti ex contractu implicito qui inter partes intercessisse iudicatur. Insuper quando contractus specialis de mercibus determinatis inter Caium et Julium initus est, et Caius alias merces tradit Julio qui eas accipit, actio ad *quantum valebant* obtinendum intendi poterit ab novum contractum virtualem qui de mercibus acceptis inter partes intercessisse censetur. Actio qua executio contractus simplicis sive expliciti sive virtualis exigi potest *assumpsit* dicitur, ex primis verbis rescripti [*the writ*] quod ad reum dirigitur quando hæc actio intenditur. Hujus prima verba erant, quum tribunalia lingua latina utebantur, *super se assumpsit*. In declaratione, formula [*the count*] qua causam suam in hac actione exponit petitor *quantum meruit* appellatur, quando actio intenditur ad exigendum pretium laboris et operæ ob promissionem virtualem ejus in cujus commodum hæc facta sunt; et *quantum valebant*, quando actio intenditur ad pretium mercium traditarum ex contractu implicito obtinendum. Ducuntur innumeri contractus virtuales ex actibus quibus ii qui quædam negotia gerunt obligationes erga alios virtualiter suscipere censentur. Sic caupo contractum virtualem inire iudicatur cum iis qui ejus

tabernam frequentant quo ordinariam diligentiam in eorum bonis tutandis se adhibiturum esse spondet. Hic sane contractus virtualiter initur, neque pura legis interpretatione nititur. Equidem ex interpretatione legis pendet, utrum actio ad executionem talis contractus exigendam concedi debeat necne, sed hæc interpretatio in virtuali contractu qui antea inter partes extitit et rite ab eorum actibus infertur niti debet. Item is qui conduit operarios nulla mercede statuta, aut merces emit pretio non determinato, contractum virtualem cum operariis, aut cum mercatore inire censetur vi cujus ad mercedem illis et pretium justum huic solvendum se obligat. Item is qui aliquod officium suscipit eodem modo se obligare censetur ad ejus munia cum diligentia ordinaria obeunda. Idem dicendum est de vectore qui merces asportandas accipit; de fabro ferrario qui ita equo solas ferreas suppingere tenetur ut eum claudum non faciat; de sartore, aut alio opifice qui tenetur opus suum cum ordinaria peritia perficere. Si quis vero aliquem adhibeat ad artem exercendam aut ad negotium peragendum, qui non profiteatur se talem artem aut negotium exercere, lex non præsumet contractum virtualem inter partes intercessisse, sed solummodo respiciet contractum explicitum si quis sit, qui de hoc negotio inter partes initus fuerit. Effatum juris est: *spondes peritiam artis*; qui enim se profitetur peritum in aliqua arte exercenda tenetur hanc peritiam adhibere. Si autem non profiteatur se esse peritum, lex non præsumet contractum virtualem ad hanc peritiam adhibendam inter partes existere. Alterum effatum juris in hac materia est: contractum *expressum facere tacitum cessare*; id est quando existit contractus explicitus de re aliqua inter Caium et Julium, lex nunquam præsumet contractum virtualem de eadem re et inter easdem personas intercedere.

20. Contractus dividuntur 5. in principales et accessorios. Principalis is est qui ex alio contractu non pendet, ut venditio emptio, permutatio, donatio, &c. Accessorius is est qui ex alio contractu pendet; ut si Caius agros vendat Julio pecunia non præsentī, et Sylvester spondeat Caio de pretio solvendo, sponsio est contractus accessorius. Item si Caius pecuniam mutuatur a Julio hypotheca data pro ejus solutione, contractus mutui est principalis, hypothecarius autem accessorius. Si vero Julius agros a Caio emat ea conditione, ut partem pretii apud illum per modum mutui relinquat, mutuum esset contractus accessorius.

21. Dividuntur contractus bilaterales et onerosi in aleatorios et commutativos. Commutativus is est quo aliquid certum ex utraque parte promittitur, aut datur et accipitur; aleatorius is

est quo nihil certum ex una aut ex utraque parte aut promittitur aut datur, sed solummodo spes aliquod ex incerto eventu obtinendi præstatur. Tales sunt contractus sponsionis, ludi, loteriaræ, &c.

22. Contractus dividuntur 6. in *absolutos* seu *puros* et in *conditionales* seu non *puros*. Contractus absolutus is est cui nullum adjicitur accidens seu modificatio ipsi contractui extranea; Caius, v. g. emit in nundinis publicis equum Julii viginti libris. Si nulla modificatio huic contractui adjiciatur, tenetur Julius statim tradere equum et Caius pretium solvere. Si autem inter eos conveniat pretium solvendum non esse nisi post mensem, aut Caium contractum rescindere posse si equum morbo aliquo affectum esse deprehendatur, contractus non est purus sed *conditionalis*. Hæ modificationes contractum possunt respicere præteritum, præsentem, aut futurum. Sic Caius fidem interposuit pro Sylvestro Julii domestico, et Julius postea promisit se Caium in hac re indemnem servaturum. In hoc casu Julius non simpliciter et absolute promisit se Caium indemnem redditurum sed in defectu Sylvestri et, ut infra exponetur, talis promissio utpote sine pretio data ex lege nostra non valeret. In legibus municipalibus complurium gentium talis conditio dicitur *ad causam*, in jure nostro dicitur pretium [*the consideration*] promissionis factæ a Julio. Pretium promissionis a Caio factæ dicitur executioni mandatum esse [*an executed consideration*], et ejus executio in tribunalibus exigi potest, si *Julio rogante* Caius fidem interposuerit et Julius postea se Caium indemnem servaturum promiserit, aliter vero si hic sponte fidem præstiterit; quia tunc subsequens promissio, etiamsi scripta est respicitur ut nudum pactum quod actione vindicari nequit. Sed plura postea dicenda sunt de pretio necessario ut executio promissionis apud tribumalia exigi possit. Potest conditio esse de re præterita partibus contrahentibus prorsus ignota; Caius v. g. dat pretium Julio ea conditione ut si navis quæ jam pridem solverit, et quam in quadam tempestate præterita naufragium fecisse timetur, in portum salva non pervenerit, sibi mille libras solvere debeat. Potest conditio esse de præsentem, ut si Caius emat equum a Julio ea conditione, ut ne sit morbosus, ut currum ducat, ut pretium non-nisi post mensem exigatur.

23. Conditio etiam potest esse de futuro; Caius v. g. per literas Julio mandat ut Sylvio tradat quascumque exiget merces, ea conditione ut si Sylvius pretium ipse non solverit, Caius Julium indemnem præstaturus sit. Hæc conditio est *suspensiva* contractûs, quia Caius, nonnisi deficiente Sylvio ad debitum Julio solvendum obligatur. In jure municip. hic contractus non dicitur

conditionalis; traditio enim mercium rogante Caio respicitur ut pretium pro quo Caius promisit se debitum, Sylvio deficiente, soluturum. Antea dedimus exemplum pretii jam ante contractum executioni mandati [*an executed consideration*]; in casu nunc exposito pretium executioni mandandum est [*an executory consideration*], quia sequitur promissionem debitum in quodam eventu solvendi. Tale pretium nisi sit contra bonos mores aut præscripta legis, semper sufficit ut executio promissionis apud tribunalia exigi possit, dummodo tamen forma a jure municip. præscripta in contractu conficiendo servata sit.

Conditio de futuro potest esse resolutoria, ut si Caius domum locet Julio in centum annos, ea conditione ut post tertium quemque annum locatio, indicio ad eam finiendam rite dato, sive a domino sive a tenente, terminari possit.

Conditio de præterito, de præsentī, aut de futuro potest esse licita, aut turpis, aut illegalis, aut impossibilis. Hæ conditiones appellantur in jure nostro *pretium* promissionis. Sic si Julius certam pecuniæ summam promittat Bertæ ob crimen fornicationis jam admissæ, promissio respicitur ut sine ullo pretio data, ideoque ejus executio apud tribunalia exigi nequit; si vero promissio fiat ob crimen postea patrandum, tale pretium utpote bonis moribus contrarium in jure municip. nullum et irritum est. Quin immo si Caius ex contractu Berthæ meretrici suppeditaverit domum, aut vestes, aut currum, aut alias res *ad negotium ejus illicitum gerendum*, non poterit actionem ei intendere ad pretium recuperandum. Non requiritur pactum de negotiis illic ito gerendo; actioni obstat si Caius cognoverit Bertham esse meretricem, et res ei traditas ad negotium illicitum gerendum esse destinatas. Hic tantum loquimur de effectibus legalibus horum contractuum; quatenus obligent in conscientia infra dicetur.

24. Solummodo hic advertendum restat promissiones mutuas et concurrentes quæ obligant utramque partem ad aliquid in futuro agendum, servatis formis præscriptis, esse validas. Sic Caii promissio ineundi societatem cum Julio et sociis ejus, est sufficiens pretium pro promissione Julii et sociorum eum in societatem accipiendi. Sic etiam Caii promissio transferendi Julio spem alicujus boni quod exspectat v. g. legati, sufficiens videtur esse pretium pro promissione Julii certam summam pro hac spe solvendi (a). Berthæ promissio nubendi Julio sufficiens pretium est pro promissione Julii eam ducendi. In his et aliis casibus in quibus solummodo promissiones mutuæ obligatoriæ ex utraque parte existunt, promissio ex parte illius qui

(a) Cf. Chitty, p. 33.

exsecutionem contractus exigit, respicitur a tribunalibus ut pretium datum pro promissione ex parte alterius qui eum implere recusat. 2. Exsecutio promissionis numquam exigi potest ab eo qui pretium statutum non solverit. Quandoque Caius conditionem quandam ex sua parte adimplere tenetur, antequam Julius ad suam promissionem exsequendam obligatur, et tunc actionem Julio intendere nequit Caius nisi probet se conditionem implevisse, aut eam impleturum fuisse nisi Julius sibi obstitisset, aut hunc se ab implenda promissione absolvisse. Similiter quando existunt ex utraque parte conditiones *concurrentes*, neutra actionem alteri intendere potest, nisi probet se paratum fuisse suam promissionem implere, si altera pars non obstitisset aut se ab implenda promissione non absolvisset. Sed in hoc ultimo casu is a quo intenditur actio ostendere tenetur se adhuc paratum esse contractum implere. Sed quando inter Caium et Julium intercedunt promissiones mutuæ sed *independentes*, id est, quando actus unius præcedere non debet obligationem alterius, neque promissiones utriusque eodem tempore implendæ sunt, ob pretium utique, aliter enim essent nuda pacta, unusquisque actionem alteri intendere poterit ad promissionis exsecutionem exigendam, nisi utraque promissio in eodem instrumento contineatur, reusque actionem intendendo, petitem cogere possit eandem ipsam summam quæ ab ipso exigitur solvere. In hoc casu petitori obstare potest hanc exceptionem afferens quod ille ipse suam promissionem non expleverit.

25. Contractus dividuntur 7. in *nudos et vestitos*. Contractus nudus is est qui obligationem legalem non parit quamvis obligationem in conscientia parere possit; talis est contractus qui sine sollemnitatibus a lege requisitis initur. Jam monuimus hunc contractum ab eo differre qui conficitur secundum formam a lege præscriptam, sed ex defectu testium aut instrumentorum in foro civili probari non potest. Talis enim contractus in utroque foro ratus et validus est, quanquam per accidens in foro civili probari non potest. Quatenus contractus nudus obliget in conscientia suo loco dicetur. Contractus vestitus is est qui obligationem parit in foro conscientiae, et cujus exsecutio apud tribunalia exigi potest.

26. Contractus dividuntur 8. in *nominatos* qui in nomine generali pactionis non sistunt, sed transeunt in nomina propria specificorum contractuum, ut venditionis emptionis; et in *innominatos* qui nomina propria non habent, et proinde contractus innominati appellantur. Quatuor species contractuum innominatorum a Theologis recensentur; nempe *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Primus est hujusmodi: do tibi aurum ut des

mihi argentum, do tibi equum ut des mihi pannum, sed revera ut agnoscit Layman (a) ex quo hæc exempla protulimus, hæc species nomine proprio *permutationis* appellari potest. 2. "Do ut facias : do tibi pannum ut colas mihi agros." 3. Facio ut des : colo tibi agrum ut des mihi pannum. 4. Facio ut facias : colo tibi agrum ut facias mihi vestimentum. Secundum ea quæ supra exposuimus de contractibus conditionatis, contractus innominati in nostro jure hoc nomine non appellantur, sed promissio aut res tradita ex una parte respicitur ut pretium promissionis factæ ex altera, et proinde hi contractus quando secundum juris præscripta confecti sunt, in foro tum conscientiæ tum civili obligant.

27. Contractus dividuntur 9. in contractus *bonæ fidei* et *stricti juris* ; priores latiore modo secundum æquitatem naturalem accipiuntur ; posteriores magis stricte verbis contrahentium adhærent. Quanquam hæc divisio contractuum in jure nostro non invenitur, neque jure com. dantur contractus diversi quorum aliqui ab eisdem tribunalibus secundum verborum significationem, alii secundum æquitatem accipi debent ; attamen apud nos diversa existunt tribunalia qui eandem distinctionem in eisdem contractibus interpretandis sequuntur. Hunc diversum modum contractus interpretandi in tractatu de justitia, n. 48. in prooem. exposuimus, ubi etiam n. 51. ostendimus tribunalia juris com. ex statutis recentioribus quadam jurisdictione æquabili potiri.

28. Contractus dividuntur 10. in simplices et solennes. Priores ii sunt qui legaliter confici possunt sine specialibus legis formulis ; posteriores ii sunt qui specialibus formulis confici debent. Hæc divisio contractuum, spectata ejus substantia, in jure nostro accipitur, sed diverso prorsus sensu intelliguntur hæc verba a theologis et a nostris jurisperitis, ut in sequenti §. exponetur, namque contractus qui in nostro jure ut simplex habetur plures complectitur contractus qui secundum definitionem theologorum solennes appellari debent. Sed præscripta juris municip. circa hanc contractuum divisionem tanti momenti sunt, ut sectione speciali exponi mereantur.

§ 4. *De contractibus qui auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert muniuntur [contracts by matter of record] : de contractibus qui per factum [deed] conficiuntur, et de contractibus simplicibus.*

29. Contractus considerati ratione modi quo conficiuntur ex præscripto juris municip. triplicis sunt generis ; contractus qui

auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert confirmantur; 2. contractus qui secundum formam specialem, id est, per factum [*by specialty or deed*] conficiuntur; et 3. contractus simplices. (a) Quidam jurisperiti (b) duo priora genera contractus *per specialitatem* [*by specialty*] appellant, et contractus qui *specialiter* muniuntur dividunt in contractus qui aut judicio tribunalis firmantur, aut per factum conficiuntur. Sed hæc est quæstio de nomine, et nos priori divisioni adhærebimus, quia primum genus secundum dignitatem et obligationem superat.

30. Contractus primi generis constant 1. ex judiciis tribunalis quod acta sua in tabulas refert; 2. ex vadimoniis (*recognizances*), et 3. ex debitis agnitis coram præfecto urbis in qua receptaculum magnum ad merces accipiendas auctoritate parlamenti constitutum est. Sed hic ultimus modus contractus conficiendi jam a multo tempore in desuetudinem abiit, et ideo inutile esset de eo disserere. Contractus vero primo modo conficitur quando obligatio quæ ex contractu expresso orta est, judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert confirmatur. In hoc casu simplex contractus in contractu solenniori prorsus *mergitur*, atque ex jure non amplius existere judicatur, *transit enim in rem judicatam*. Debita a Blackstone (c) inter contractus numerantur. Secundum suam legalem significationem debitum est summa certa et determinata pecunie quæ uni ab altero debetur. Si Caius equum suum vendat Julio viginti libris solvendis post mensem, hæc summa *debitum* appellatur. Item si Caius merces vendat Julio ea conditione ut quod pretium habent solvatur, Julius Caio pecuniam debet, quia pretium respicitur ut fixum et determinatum secundum communem æstimationem, et ideo per actionem ob summam pecunie debitam vindicari potest. Quando vero summa quæ exigitur non est fixa et determinatæ, nempe quando exigitur ad damnum reparandum, quæ quanta esse debeat non est in se fixum et determinatum, puta quia deposcitur ad reparandum damnum quod Caius Juliae intulit quum recusat eam in matrimonium, secundum promissionem suam, accipere, aut quod quis patitur ex libello quo ejus fama injuste læditur, non dicitur esse debitum, sed postulatio ad damnum illatum reparandum

(a) "Contracts, or obligations *ex contractu*, are of three descriptions, and they may be classed with reference to their respective *orders* or degrees of superiority, as follows:—1. *Contracts of Record*; 2. *Specialties*; 3. *Simple contracts*"—Chitty, p. 2.

(b) "And properly speaking (*a promise* whereby one man voluntarily binds himself to another) may be either by specialty, that is, *a matter of record, or a deed*; or by *parol*, that is, without specialty."—Stephen, vol. 2. p. 54.

(c) Vol. 2. p. 464.

[*claim for damages*]. Idem dicendum est de damnis quæ ex violatione contractus virtualis accipiuntur. Sic si Julius merces tradit modo statuto societati quæ viam ferream possidet aliquó pervendas, quæ propter negligentiam eorum quos societas ad negotia sua gerenda conducit, detrimentum accipiunt, ad reparationem obtinendam non debiti sed damni actio intenditur, et petitor causam suam scripto instrumento accurate exponere tenetur, quæ actio dicitur injuriarum super casum [*trespass on the case*].

31. Debita, sicut contractus, aut judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert firmanur [*judgment debts*]; aut ex facto [*specialty debts*], aut ex simplici contractu, debentur [*simple contract debts*]. Damno injuste illato statim exsurgit obligatio tum naturalis tum civilis injuriam reparandi, sed is qui injuriam intulit non debiti solvendi sed injuriæ reparandæ obligatione tenetur. Actione vero intenta et judicio lato a tribunali quod acta sua in tabulas refert, quo is qui damnum intulit certam et determinatam summam ei qui injuriam passus est solvere jubetur, hæc summa nunc nomine debiti ex judicio [*a judgment debt*] appellatur. Sive autem hoc judicium latum fuerit ob omissionem diligentiae ex contractu virtuali debitæ, sive propter damnum illatum, contractus ex judicio tribunalis nunquam exsurgit, sed solummodo hujusmodi debitum, et in proximo casu nullus omnino contractus inter partes existit. Debitum itaque existere potest inter Caium et Julium sine ullo contractu, et ideo inter contractus simpliciter numerari non debet. Hoc sub respectu Blackstone juste reprehenditur a Stephen; (a) debitum enim in contractibus bilateralibus est pretium seu objectum materiale quod ex una parte alteri debetur, quando contractus nondum executioni mandatus est. Sic in contractu venditionis emptionis quando Caius equum suum vendit Julio viginti libris, equus ex una parte et pecunia ex altera objectum materiale remotum hujus contractus sunt. Objectum materiale proximum sunt actiones quibus Caius se obligat ad tradendum equum et Julius pretium, et mutua acceptatio est objectum formale quo contractus in propria specie perficitur. Contractu inito statim exsurgit obligatio ex parte Caii equum tradendi, et ex parte Julii solvendi pecuniam debitam, tempore statuto. Itaque pecunia non est contractus, sed est res quam ex contractu Julius solvere tenetur. Contractus itaque expressus qui judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert confirmatus est, fit *a contract by matter of record*. Tales sunt contractus innumeri de venditione emptione agrorum qui in

(a) "Blackstone speaks of debt as one of the species of contracts; but this conveys no accurate idea of the meaning of the term. It is not a contract, but the result of a contract."—Stephen, vol. 2. p. 142. n.

Hibernia confirmantur auctoritate tribunalis, quod recens constitutum est ad titulum qui auctoritate parlamenti fulcitur emptoribus agrorum conferendum [*the Landed Estates Court*]. Hoc autem non fit quando actio intenditur ad compensationem ob damnum illatum obtinendam; sed quando actione quæ *assumpsit* dicitur intenta, reus *quantum meruit* aut *quantum valebant* solvere jubetur, quasi contractus in contractum qui iudicio tribunalis confirmatur transit. Innumeræ disceptationes per contractus qui auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert confirmantur, dirimi possunt. Inter disputantes enim, sive actio intenta fuerit sive non, convenire potest ut instrumentum scriptum (id est contractus simplex scriptis mandatus) quo suam disceptationem iudicio arbitrorum aut disceptatoris submittant, fiat mandatum tribunalis quod acta sua in tabulas refert. Hanc materiam exposuimus in procemio ad tractatum de justitia, *nn.* 67-68.

32. Alius contractus qui confirmatur auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert vadimonium [*a recognizance*] appellatur. Est contractus quo unus vel plures apud tribunale aut magistratum, qui potestate ad hanc obligationem imponendam potitur, agnoscant se debere aut Reginae aut alicui privato homini certam summam, v. g. centum libras; ea tamen conditione ut si perfecerint obligationem quam susceperint, contractus irritus futurus sit. Hujusmodi contractus solas fere causas publicas respiciunt, et obligatione non impleta, pecunia Reginae absolute debetur. Vadimonium tunc ab aliis tribunalis actis extrahitur [*is estreated*] et tribunali Scaccarii [*the Court of Exchequer*] traditur a quo summa debita exigetur. (a) Hoc modo testes in causa publica apud magistratum obligantur ad certam summam solvendam ea conditione ut si testimonium dixerint obligatio desitura sit. Similiter is qui criminis arguitur e custodia emittitur obligatione ei imposita certam summam solvendi ea conditione ut si ad diem dictam se in iudicio stiterit, a debito solutus futurus sit. In hoc casu etiam alios plerumque adhibere tenetur qui vades fiunt ejus sistendi et ad certam summam solvendam se obligant, ea tamen conditione ut obligatio fiat irrita si reus ad diem dictam apud tribunale stiterit. Alii contractus hujusmodi usitatissimi sunt in quibus aliquis apud magistratum aut tribunale ad certam summam solvendam se obligat ea conditione ut obligatio fiat irrita si intra tempus aliquod, v. g. intra annum aut per totam vitam vim

(a) Modus summatim exigendi vadimonia et alias pecunias in modum pœnæ debitas in Hibernia nunc per 14 et 15 Vict., c. 90, *Juries' Act*, Ireland, 1851, conceditur.

attulerit alicui, ut uxori, vel marito, vel cuilibet civi prout res se habuerit. Præterea etiam vades plerumque adhibere tenetur qui certam summam se soluturos spondeant ea tamen conditione, ut ne obligentur, si reus obligationem suam impleverit. Aliquando reus ut ab obligatione liberetur, tenetur se apud magistratum aut tribunal sistere, aliquando sufficit advenisse tempus præfinitum si interim violandi suam obligationem non accusetur. Hi contractus quando circa causas publicas versantur non obligant in conscientia ad multam solvendam nisi post sententiam; quum autem multa ex legis præscripto exigitur non possunt partes ut se indemnes reddant, ad occultam compensationem recurrere. Quando vero causas respiciunt privatas, utique debitor et eo deficiente vades pecuniam debitam solvere tenentur; et si hoc non fecerint creditor multam apud iudices juste exigere potest.

Quando contractus supra dictus causas privatas respicit fere per modum sponsionis conficitur. Vadimonium [*bail*], in præsentī materia est contractus quo unus aut plures apud tribunale aut magistratum qui potestatem ad hanc obligationem imponendam habet, ut quis a custodia emittatur, aut ut bona quæ occupata sunt propter redditum non solutum debitori reddantur, se obligant ad certam summam solvendam, nisi is pro quo spondent obligationem aliquam determinatam impleverit; v. g., nisi debitum solverit, aut bona recuperata reddiderit, quando hoc facere a iudice jussus fuerit. Sed abrogatis legibus quibus quis ea sola ratione quod ære alieno opprimeretur in carcerem conjici posset, vadimonium nunc non requiritur ut quis ob hanc causam e custodia emittatur. Contractus autem vadimonii in aliis causis privatis nunc plerumque non apud tribunal aut magistratum initur sed aut facto aut instrumento scripto sine solennitate facti conficitur.

33. De contractibus qui in tabulas publicas referuntur hæc notanda sunt; 1. propriam suam existentiam probant: non enim pertinet ad juratos controversiam de hac re dirimere; finitur enim quum ipsum instrumentum profertur. Quanquam autem ex quo tempore Britannicum parlamentum et Hibernicum in unum conjungerentur, contractus modo exposito confectus agnoscitur ut contractus in tabulas publicas relatus, attamen si controversia existat de ejus existentia in Anglia non dirimitur ipsius instrumenti prolatione, sed exemplar profertur ejus integritatem apud juratos jure jurando confirmari necesse est, et ideo ad juratos pertinet hanc controversiam dirimere. Eodem modo dirimenda est controversia de existentia judicii a tribunali apud exterum populum lati quando actio in nostris tribunalibus intenditur ad ejus

exsecutionem exigendam. 2 Nullum pretium [*consideration*] necessarium est ut hic contractus in jure municip. vim habeat. 3. Quanquam aliquis defectus aut vitium in ipsa facie instrumenti apparet, aut judicium est erroneum, non ideo rescindi potest nisi recurrendo ad *rescriptum ad errores corrigendos* [*a writ of error*], id est appellando a tribunali quo judicium latum est ad aliud quod jurisdictionem superiorem habet. Si autem judicium fraudulenter *exsecutioni* mandatum fuerit, everti potest ab ipso tribunali a quo latum est; et quanquam *hi ipsi* adversus quos judicium *ex fraude directó* pronunciatum est, huic nisi appellando ad tribunal *aequitatis* plerumque obstare nequeunt, attamen hoc fieri potest *ab aliis* quos *indirecte* respicit qui judicium fraude obtentum pro irritó habere possunt. 4. Liberari nemo potest legaliter ab obligatione ex hujusmodi contractu orta, nisi per instrumentum sigillo munitum [*a release*]. 5. Denique hoc est solum genus contractuum quorum exsecutio per *rescriptum scire facias* (breviter *sci. fa.*) ex verbis quibus olim incipiebat dictum, exigi potest.

§ 5. *De factis* [deeds], *et de contractibus simplicibus.*

34. *Factum* [*a deed*] *est instrumentum scriptum, obsignatum et traditum.* Hic contractus, contractus signo obsignatus [*a contract under seal*] vulgo dicitur. Itaque ad factum conficiendum tres requiruntur conditiones, nempe. 1. Ut instrumentum ne sit quovis modo scriptum; nam omnino necessarium est ut aut in charta aut in membrana scriptum sit; si enim in linteo aut in lapide, aut in alia ulla materia præter chartam aut membranam scriptum est, ut factum in jure municip. non agnosceatur. Non autem necessarium est ex jure com. ut factum subscribatur ab illo qui obligatur; neque hoc exigi videtur ex præscriptis statuti ad fraudes præcavendas (*a*) quanquam ex præscriptis hujus statuti, hoc in pluribus contractibus simplicibus conficiendis requiritur, ut infra exponetur. Revera tamem facta nunc semper subscribuntur ab iis ad quos obligandos conficiuntur, ut paulo infra dicitur. 2. Ut ab eo qui se per factum obligare vult obsignetur. Nisi autem agatur de factis a corporibus [*corporations*] confectis, quæ eorum sigillo communi consignari necesse est, aliquod signaculum in modum

(a) Cf. Chitty, p. 69; Smith, p. 5; sed Steph., vol. i. p. 502; tenet in textu hoc præscriptum statuti ad fraudes præcavendas etiam ad facta pertinere. Sed in notis dicit hanc doctrinam de necessitate facta conficiendi secundum præscripta statuti ad fraudes præcavendas in dubium revocari.

sigilli in charta aut in membrana impressum sufficiet. Neque necessarium est ut signaculum imprimatur ab eo qui per factum obligatur; quanquam enim jam antea fuerit ab alio in charta aut in membrana impressum, sufficiet si is qui se per factum obligare vult, hoc suum esse sigillum agnoscat. 3. Ut tradatur ab eo qui se per factum obligare intendit, nisi a corpore conficiatur, quia factum corporis traditione non indiget. Tradi potest sine ullis verbis, ut si quis factum a se confectum ut suum quo nunc se obligare intendit, tradat sine ullis verbis, aut ei in cuius usum et commodum confectum est, aut alteri qui id ejus nomine accipit, quamvis non sit ejus procurator [*agent*], vim habet a primo traditionis momento, si tamen nullo modo manet obligatum ei a quo traditum est. Vice versa tradi potest solis verbis sine tactu aut ullo alio actu, ut si is qui instrumentum obsignaverit, dicat ei in cuius gratiam confectum est, *accipe hoc factum aut scriptum, tuum est*, aut *tibi serviet*, aut si aliis verbis manifestet suam intentionem factum nunc alteri tradendi; aut si alteri dicat *accipe hoc factum aut scriptum, et trade id Joanni in cuius commodum confectum est*; solis verbis in utroque casu factum sufficienter traditum est. Quin immo tradi ipsum instrumentum sive factis sive verbis ei in cuius commodum confectum est, aut alicui alteri necesse non est; sufficit enim si quis instrumentum scriptum consignaverit, et coram testibus declaraverit se hoc ut suum factum tradere, quanquam instrumenti possessionem retinuerit; modo tamen ne quid aut fecerit aut dixerit quo significaverit se nolle ut instrumentum vim facti statim habeat. Hæc quidem traditio nisi per testes probari non potest, sed ex *jure com.* præsentia testis necessaria non est ut factum legaliter conficiatur. Ex præscriptis tamen specialibus quorundam statutorum et etiam ipsorum factorum, ad quædam facta legaliter conficienda requiritur ut unus testis, ad alia ut duo adsint. Sic ex 17 et 18 Vict., c. 104, s. 55, Sched. E., [*Merchant Shipping Act, 1854*], factum quo abalienatur navis Britannica aut Hibernica debite in tabulas publicas relata (a),

(a) No ship can be a British ship unless she belong wholly to subjects of the British Empire, or to persons naturalized or made denizens [*de hac materia, cf. de justitia, n. 581 et seq.*]; and no member of the two latter classes can be owner of a British ship unless he resides within the British dominions, or is a member of a British factory, or partner in a house actually carrying on business within the British dominions. Every ship, with the exceptions mentioned hereafter, must be registered, otherwise she shall not be allowed to use the national flag nor be entitled to be protected as a British ship. In the United Kingdom this registration may be made at any port approved by the commissioners of customs, before the collector, controller, or other principal officer of customs there. She must be registered by a name which cannot be changed, and she is to be con-

coram uno saltem teste confici necesse est. Insuper memoriale quo facta in tabulas publicas referuntur (de qua materia in proxima disputatione agetur) duobus testibus præsentibus confici necesse est. Præterea quando quis statum suum per factum modo exposito in tractatu de justitia n. 298 et seq. ordinat, variæ facultates plerumque tenenti in vitam conceduntur, v. g. certa onera in agros imponendi &c., et in ipso instrumento præscribitur quemadmodum hæ facultates exerceri debeant. Fere semper præscribitur ut factum quo hæ facultates executioni mandentur coram duobus testibus conficiatur. Sed quanquam plerumque necessarium non est ut factum ab eo qui obligandus est subscribatur neque ut coram testibus conficiatur, nunc semper subscribitur nomen illius aut illorum quos per id obligare propositum est, in extremo instrumento contra locum ubi signaculum quod non facile deleri possit jam antea impressum est, aut tempore quo conficitur instrumentum imprimetur. Deinde is qui tradit factum ponit digitum super sigillum dicens: agnosco hoc esse meam manum et sigillum, et trado hoc instrumentum, aut scriptum ut meum actum et factum. Deinde aliquis testis suum nomen subscribit aut in extremo facto aut in tergo ejus. Quoniam facta plerumque mutuas obligationes ex utraque parte imponunt, necesse est sane ut ex utraque parte modo exposito conficiantur. Minime enim instrumentum obligabit *ut factum* eum qui id sigillo suo non obsignaverit atque tradiderit; si vero contractum facto confici necesse non sit, cum ligare poterit ut contractus simplex.

35. Factum vim habet solummodo a tempore quo traditum est. Quanquam autem in extremo facto adscribi debent dies et annus quo confectum fuerit, attamen irritum non erit, etsi aut nullus dies adscriptus sit, aut dies falsus aut impossibilis, v. g. dies trigesimus mensis Februarii; vim enim habebit a tempore quo traditum esse probatur. Præterea si factum quod a Julio in commodum Petri confectum est, a Caio consignetur et a Julio tradatur Petro, factum est validum; quia Julius traditione instrumenti, sigillum ut suum agnovisse censetur. Potest autem instrumentum tradi aut *absolute*, aut sub aliqua conditione. In primo casu vim habet a tempore quo traditum est, in secundo nullam vim habet

sidered as belonging to the port at which she has been registered. The property in every registered ship is divided into 64 shares. The total number of individual shareholders cannot exceed 32; no person can be registered as owner of a fractional part of a share; but any number not exceeding five may be joint owners. Ships not exceeding 15 tons burthen employed on the rivers or coasts of the British possessions need not be registered, nor those employed on the shores and gulfs of our American possessions not exceeding 30 tons.

donec conditio impleatur, et non factum sed scriptum [*an escrow*] dicitur. Impleta conditio fit factum absolutum. Necesse non est ut conditio in ipso instrumento, ac ne in scriptis quidem, exprimatur; sufficit enim si Julius qui factum in commodum Petri confecerit, dicit quando id tradit Caio; hanc traditionem sub conditione factam esse. Ideo quando factum a Julio in commodum Petri confectum est, et traditum Caio, qui vicem Petri gessit, literis eodem tempore Caio datis, quibus expositum est factum confectum esse ea conditione, ut Petrus alteram partem quæ priori responderet [*a counterpart*] conficeret; hac altera parte non confecta, a iudice pronuntiatum est traditionem facti ex parte Julii solummodo conditionalem fuisse. Neque necesset est ut conditio verbis exprimatur; sufficit enim si ex circumstantiis iudicetur traditionem fuisse conditionalem. Conditione tamen impleta instrumentum vim accipit, non a tempore quo impleta est conditio, ed a tempore quo primo Caio traditum est. Itaque quum factum in commodum Petri a Julio confectum Caio traditum esset sub quadam conditione quæ nonnisi post mortem tum Petri tum Julii impleta est; attamen conditione post utriusque mortem impleta, hoc esse factum Julii defuncti declaratum est, et ii qui vice ejus functi sunt iis qui vice Petri fungebantur summam a facto concessam solvere coacti sunt (a). Sed traditio conditionata necessario fieri debet non ei in ejus commodum factum confectum est, sed alicui alteri; si enim non Caio sed ipsi Petro traditum fuisset, quanquam Julius quando instrumentum tradidit, expresse dixisset se id nonnisi conditionaliter tradidisse, traditio nihilominus a tribunalibus ut absoluta haberetur. Petrus tamen in conscientia conditionem servare teneretur.

36. Sed quum instrumentum traditur Caio in commodum Petri, sedulo distinguendum est inter traditionem conditionalem, et traditionem absolutam, imposita obligatione, ne Caius instrumentum Petro det, nisi quadam conditione impleta. In secundo enim casu, si fide violata instrumentum Petro dederit, erit factum Julii absolutum, quanquam conditio imposita impleta non fuerit. Sic instrumentum scriptum consignatum est a Julio et traditum Caio in commodum Petri, verbis usitatis tempore traditionis solummodo prolatis; sed ante confectionem instrumenti convenit inter Julium et Caium ut servaretur a Caio neque Petro traderetur nisi post mortem Jacobi et postquam certæ cautiones a Petro redditæ fuissent. Illis tamen conditionibus non impletis, Caius instrumentum tradidit Petro qui ejus executionem a Julio

(a) Cf. Smith, p. 10.

exegit. Judex supremus Banci Regii in Anglia declaravit totam controversiam in quæstione facti versari, nempe utrum Julius instrumentum tradidisset ea voluntate ut ipsum tempore traditionis statim obligaret, quibusdam conditionibus postea implendis impositis; an ut ipsum ne obligaret nisi postquam conditiones impletæ fuissent. In priore enim casu, quanquam Caius in foro conscientiae injuste egit instrumentum tradendo, attamen in jure municip. factum validum et obligatorium esset; in posteriore nullam vim haberet donec conditiones impletæ essent (a). Sine dubio in hoc casu Petrus conditiones implere in conscientia teneretur, et in ejus defectu Caius, et jurati in dubiis hujusmodi justitiam naturalem vindicare tenentur. Accipe alterum casum: Caius qui sua debita in solidum dissolvere nequit, suos convocat creditoresisque proponit, ut singuli dimidiam partem summæ debitæ in satisfactionem totius accipiant. Ii creditores qui convenerant, in hoc consenserunt, et *factum compositionis* (quæ dicitur) in hunc effectum confecerunt. Julius fidem pro Caio interposuit, ea conditione, ut factum compositionis ab omnibus creditoribus consignaretur. Hæc conditio verbis solummodo expressa est, et Julius instrumentum quo fidem pro Caio interposuit consignavit et uni ex creditoribus tradidit. Quidam ex creditoribus factum compositionis consignare recusaverunt, quo non obstante creditor cui instrumentum traditum est actionem Caio intendebat, ut dimidiam partem summæ sibi debitæ exigeret. Lis autem secundum Julium adjudicata est, et declaratum est traditionem conditionalem fuisse (b).

37. Facta dividuntur in facta polita [*deeds poll*], et serratim scissa seu indenturas (quæ appellantur) [*indentures*]: priora sic dicta sunt quia habent marginem politam, posteriora autem nomen ex eo ducunt quod marginem habent incisam ad similitudinem dentium serræ. Factum quod ab una tantum parte conficitur marginem habet politam, et factum politum aut factum singulare [*single deed*] appellatur. Factum quod a duabus aut pluribus partibus conficitur, indentura dicitur; quia quando plures idem factum conficiunt unusquisque exemplar accipere debet. Olim quando facta erant brevissima mos erat ut quot essent partes contrahentes tot scriberentur exemplaria in eadem membrana, vocabulo aliquo, aut literis alphabeti linea transversa scriptis in margine inter bina exemplaria. Tunc linea transversa ducta, aut recta aut serrata, ita secabatur membrana ut vocabulum aut literæ inter singula exemplaria dividerentur. Facta sic confecta a jurisperitis *chirographa* dicta sunt, et hoc vocabulum plerumque

(a) Ap. eund. pp. 8. et 9.

(b) Ap. eund. p. 7.

inter exemplaria scriptum est. Singula exemplaria nonnisi a singulis contrahentibus obsignata et tradita sunt, et exemplar quod a donatore perfectum est *originale* [*the original*] dictum est; partes a ceteris confectæ partes contrariæ [*counterparts*]. Nunc autem singulæ partes ab omnibus consignantur et traduntur, unde unaquaque pars ita conficitur ut sit exemplar originale. Sed quanquam nomina facti politi, et indenturæ adhuc retinentur, hæc distinctio nullius est momenti, quia per 8 et 9 Vict., c. 105, s. 5, statutum est ut post diem 1 Oct. 1845 factum rite confectum quod indentura appellatur, quanquam marginem serratam non habet, eundem effectum haberet, ac si revera indentura esset. Cetera præscripta juris municip. quæ facta respiciunt in proxima disputatione exponuntur.

38. Simplex contractus is est qui neque in tabulas refertur, neque facto conficitur, sed verbis, aut scriptis, aut rei vel rerum traditione et acceptione perficitur. In jure tamen municip. non datur actio ad executionem contractus simplicis gratuiti seu promissionis gratuitæ exigendam. Antea tamen monuimus contractum gratuitum postquam executioni mandatus fuerit, hac ratione quod gratuitus sit retractari non posse. Caius promittit se Julio equum donaturum; lege agere nequit Julius ad hoc promissum exigendum, sed equo tradito Caius eum repetere jure non potest. Quanquam autem equo tradito et accepto negari non potest contractum etiam ex præscripto juris municipalis ratum et validum confectum esse, attamen jurisperiti contractus simplices intelligunt esse conventiones [*agreements*], (a) quæ non perfectè executioni mandatæ sunt, sed obligationem ex justitia commutativa aut ex utraque aut ex una saltem parte inducunt. Itaque quanquam contractus expressus quo Caius equum suum commodat Julio in unum mensem est gratuitus, quia si pretium exigit non est commodatum sed locatio et conductio; attamen ex contractu virtuali oritur obligatio tum naturalis tum legalis qua tenetur Julius ad pabulum equo dandum eumque debita diligentia curandum. Pretium quo paratur hæc obligatio est ipsum com-

(a) "In the language of our law, the term *Contract* comprises, in its full and more liberal signification, every description of agreement, obligation, or legal tie, whereby one party *binds* himself, or becomes bound, *expressly* or *impliedly*, to another, to pay a sum of money, or to do or omit to do a certain act; but in its more familiar sense, it is most frequently applied to *agreements not under seal*. The term *Agreement*, on the contrary, is rarely used amongst us, except in relation to contracts not under seal: and this is evidently its proper use; for, if considered in its strict and more critical meaning, it clearly imports a *reciprocity of obligation*; and in that point of view it does not include specialties, which in general require *no mutuality*." Chitty, p. 2.

modatum. Contractus simplex ad mentem jurisperitorum definiri potest: *Conventio qua unus vel plures se obligant erga unum vel plures qui necessario aut invicem obligantur, aut pretium tribuunt pro obligatione, quam alius vel alii suscipiunt.* Hoc sensu acceptus distinguitur non solum a contractibus qui in tabulas publicas referuntur, vel facto conficiuntur, sed etiam ab iis contractibus simplicibus qui rerum traditione et acceptione ita perficiuntur, ut nulla ex alterutra parte restet obligatio. Quanquam enim mutue obligationes, aut obligatio ex una parte propter quam pretium ex altera datur, intercedere possunt in contractibus qui in tabulas publicas referuntur, aut facto muniuntur, attamen uno aut altero excepto de quibus suo loco dicemus, neque mutua obligatio neque pretium requiritur, ut in jure municip. rati et validi habeantur. Quando mutue intercedunt obligationes, una habetur ut pretium alterius. Sed de pretio infra dicitur ubi de contractibus in specie agendum est.

DISPUTATIO SECUNDA.

DE CETERIS PRÆSCRIPTIS JURIS MUNICIP. QUÆ FACTA RES-
PICIUNT; DE TITULO ABALIENATIONIS PER CONTRACTUM;
IN QUIBUS CASIBUS CONTRACTUS IN LEGE MUNICIP. FIRMUS
ET RATUS NON SIT NISI FACTO CONFICIATUR?

§ 1. *De ceteris præscriptis juris municip. quæ servari debent in
facto conficiendo ut ratum habeatur.*

39. PRÆTER tres conditiones jam expositas, ad factum secundum præscripta legis conficiendum requiruntur 4° partes ad contrahendum idoneæ, et materia apta; 5° verba composita ad sensum contrahentium significandum; 6° ut instrumentum perlegatur si ii quorum interest hoc exigant; 7° in aliquibus casibus ut ob aliquid æstimatione dignum, quod anglice dicitur *the consideration* obligatio quæ ex facto exsurgit suscipiatur, et semper sive aliquod pretium necessarium est sive non est ad validitatem facti, ut pretium quod reapse datur ne sit aut bonis moribus aut juri municip. contrarium. 8° ut signo reipublicæ notetur; et 9° in Hibernia et in quibusdam Angliæ partibus ut in tabulas referatur. De capacitate contrahentium et materia apta in proxima disputatione agetur, quia hæc ad contractus per factum initos specialiter non pertinent.

40. 5° Itaque requiritur ut verba sint idonea ad sensum contrahentium exprimendum. In tractatu de justitia n. 290, jam diximus verbum *heredes* necessarium esse ad statum hereditarium conferendum, quando agri per factum abalienantur. Nullum tamen aliud est *vocabulum artis*, ut loquuntur jurisperiti, quod necessario usurpari debet in facto conficiendo; quælibet enim vocabula cujuscumque linguæ adhiberi possunt quibus sensus contrahentium satis exprimitur. In dubio sensus declaratur a iudicibus non ad arbitrium, sed secundum regulas in jure stabilitas quæ infra exponentur. Cognitores causarum [*attorneys and solicitors*], et tabelliones [*conveyancers*], a quibus conficitur instru-

mentum legale quod debite obsignatum et traditum efficitur factum, in iis præsertim quæ agrorum abalienationem respiciunt plures in eo distinguunt partes; nempe 1. præmissas; 2. habendum; 3. reddendum; 4. pacta et conventiones; et 5. conclusionem. In præmissis nominantur partes a quibus factum conficitur, et ii qui aliquid commodum ex eo percipere debent; recitantur etiam alia facta, conventiones, et negotia, quæ materiam facti respiciunt, et causam rationemque quare nunc conficiatur exponunt, et pretium, si aliquid datum sit ad compensandam obligationem quæ per factum imponitur, declaratur. Quando agitur de facto quo possessiones per venditionem et emptionem abalienantur, pretium declaratur ejusque solutio agnoscitur.

2. *Habendum.* In hac parte plerumque definitur status qui conceditur, sive in annos, sive in vitam, sive in feudo, &c., attamen hoc non raro in præmissis exponitur. Quanquam autem status qui conceditur in præmissis exponatur, in *habendo* explicari, coarctari, aut amplificari potest, non autem everti aut destrui. Sic si in præmissis Caius certos agros concedat Julio ejusque heredibus corporis, habendos ab eo ejusque heredibus in perpetuum, Julius statum habet talliatum vi præmissarum, et nato herede corporis, vi *habendi* statum habet in feudo simplici. Sed si status in præmissis concessus Julio ejusque heredibus corporis, *habendus* esset a Julio in vitam suam, hæc pars facti esset prorsus irrita, quia in præmissis status hereditarius jam concessus est, qui postea ab eo auferri non potest. 3. *Reddendum:* in hac parte declaratur redditus, aut quicquid aliud ex agris concessis reddendum est, si aliquid reservatum sit. Quid reservari possit in modum redditus, et quo modo, de justitia agentes n. 463 exposuimus. Si id quod ex agris reddendum est jam antea reservatum non sit, sed per ipsum factum nunc primum reservatur, redditus aut alia munera necessario reddi debent ei a quo agri conceduntur, aut uni ex iis si plures sunt, non autem alteri. Si vero redditus aut munera quæ reservantur jam antea agris annexa erant et ex iis debita, reservari possunt domino feudi. 4. *Pacta et conventiones* plerumque in factis continentur quibus contrahentes aut ex altera aut ex utraque parte ad aliqua facta seu conditiones se obligant; v. g. Caius a quo agri abalienantur spondet se jure agros abalienandi potiri; aut se obligat ad aliquid in gratiam alterius agendum, v. g. cauturum esse ut eis cui agri abalienantur eos pacifice possidere permittatur; et ex altera parte Julius cui abalienantur spondet se redditum soluturum, ædificia sarta tecta servaturum, &c. Pactum [*a covenant*] in aliquid factum appositum, dat ei in cujus gratiam interpositum est, aliisque qui ejus vice funguntur jus actionem ad

damnorum compensationem propter violationem pacti obtinendam, ei qui pacto obligatur, iisque qui ejus vicem implent intendendi: et pacta quæ in factis quibus agri abalienantur interponuntur, plerumque agris adhærent [*run with the land*], ita ut eorum commodum aut onus transiturum sit ad eos omnes ad quos dominium agrorum pertinebit.

Quando agri hereditarii venduntur, factum abalienationis plerumque continet pactum quo venditor cavet de bonitate et firmitate tituli. Conficitur summarium, opera cognitoris vel tabellionis, omnium instrumentorum agros spectantium quæ per sexaginta annos proxime elapsos confecta sunt, secundum usum qui prævalet in Anglia (*a*); in Hibernia vero summarium complectitur spatium majus vel minus extensum, secundum judicium tabellionis, qui incipit ab eo tempore, ultra quod putat necesse non esse retrogradi ut titulus securus et firmus habeatur. Emptor quum hoc probaverit, instrumentum abalienationis parandum curat. Pacta in instrumento abalienationis plerumque inseruntur, quibus venditor, si ipse agros emerit spondet se nihil fecisse quo titulus infirmari posset; si vero ipse agros non emerit spondet insuper titulum infirmatum non esse per actus ultimi emptoris. Hoc pactum omnino sufficit ad emptorem tutum præstandum si omnes venditores antecedentes similiter se obligaverint; quia hæc omnia pacta agris adhærent. Nunc autem titulus non raro vindicari potest ope præscriptionis, de qua cf. Tract. de Just. n. 619. Præterea in Hibernia tribunal speciale vendendis agris constitutum est, quod *The Landed Estates Court* dicitur, a quo emptor titulum qui suprema Parlamenti auctoritate stabilitur obtinet.

Denique conclusio testatur factum rite confectum esse, sigillo nempe ejus a quo confectum est munitum esse, et plerumque ab eo subscriptum; et dies in quo perfectum est declaratur. Deinde signo consignatur, et quando hoc necessarium est ab ipso qui factum conficit subscribitur.

Hæ sunt præcipuæ partes factorum qualia a tabellionibus et jurisperitis conficiuntur. Sed nullatenus necessariae sunt, dummodo partes quas factum respicit, et materia de qua agitur clare designentur. Quin etiam duæ leges a parlamento A. D. 1845, latæ sunt (*b*), ad eum finem ut facta quibus agri abalienantur, breviter confici possent. Scribæ autem publici et cogni-

(*a*) Cf. Lord St. Leonards' Handy Book, p. 88, ubi graviter reprehendit hunc usum, quia contrahentibus sine ulla necessitate graves impensas imponit.

(*b*) 8 et 9 Vict. c. 119. et c. 124.

tores formas antiquas prolixas adhuc retinent, unde emptōres non raro magnis impensis onerantur. Omnino necesse est ut materia facti accurate designetur, nam ut infra videbimus, non licet extra ipsius facti verba quærere explicationem alicujus ambiguitatis quæ in iis invenitur. De hac materia in memoriam revocanda sunt ea quæ de Justitia agentes n. 256. et seq. de significatione verbi *agri* [*land*] tradidimus. Ex iis enim quæ ibi dicta sunt patet abalienatis agris, abalienari etiam arbores, sylvas, ædificia, fodinas, et etiam aquam, quia hæc omnia ager secundum legalem suam significationem complectitur. Sed vice versa, abalienatis arboribus, fodinis, ædificiis, non abalienantur agri circumjacentes, etiamsi adhuc simul cum rebus abalienatis possessi erant: abalienata tamen domo, hortus, pomarium, area cum suis ædificiis [*the curtilage*], &c., quæ ad domum pertinent [*its appurtenances*], quoque abalienantur (*a*).

Requiritur 6. ut factum recitetur, si ii quorum interest hoc exigant. Unusquisque ex iis a quibus factum conceditur, jus habet ut id perlegat, aut hoc si ipse facere non potest, ut ipsis perlegatur; et si aliquo petente, aut non omnino aut falsò perlegatur, factum ipsum non obligabit, nisi ex conducto falsò perlectum sit, v. g. Caio ad eum finem ut ab obligatione immunis sit, quia tunc eum propter fraudem obligabit.

41. Pretium [*a consideration*] ad validitatem quorundam factorum necessarium est. Pretium *ubi de factis agitur* potest esse aut æstimabile [*a valuable consideration*], ut quando aliquid per factum conceditur *propter pecuniam, occasione matrimonii, &c.*, aut bonum [*a good consideration*], ut quando quis suo consanguineo statum concedit; quia tunc status propter naturalem amorem concedi censetur. In priore casu contractus fundatur in justitia commutativa, in posteriore in alia obligatione aut ratione morali. Et quamvis etiam in posteriore casu factum semper valebit contra eum a quo concessum est, attamen nullum vim habet contra creditores, si is qui factum confecerit, eo tempore omnia sua debita solvere non potuerit. Neque vim habet contra Caium v. g. qui agros emerit bona fide a Julio ob pretium in justitia fundatum, quamvis Julius Caio in scio hos agros ob pretium

(*a*) Legibus supra dictis declaratur; that every *deed* made conformably to these Acts shall, unless any exception be *specially* made therein, be held to include all houses, out-houses, &c., and hereditaments and appurtenances whatsoever, to the lands therein comprised belonging, or in anywise appertaining; . . . and (in the case of a conveyance of the fee) the reversion and remainders, . . . and all the estate of the grantor, both at law and equity. Cf. Steph. vol. i. p. 492. n.

bonum consanguineo suo Petro jam abalienasset. Facta quæ aut nullo pretio accepto, aut pretio solummodo bono, conceduntur *voluntaria facta* dicuntur. Facta quæ ob pretium in justitia fundatum conceduntur impugnari non possunt, nisi vi vel fraude obtenta fuerint, aut nisi ipsum pretium sit contra bonos mores aut a jure municip. reprobetur.

42. Sed generalis regula hæc est quod nullum pretium necessarium est ad validitatem facti; et hoc modo præcipue distinguitur contractus facto munitus a contractu simplici, qui, ut infra dicetur semper pretio in justitia fundato indiget ut ratus et validus efficiatur. Sic si Petrus scribat Caio; Promitto me Titio soluturum centum libras quas tu ei debes, promissio in lege municip. nullam obligationem parit; quia facta est sine ullo pretio. Si vero eadem promissio facto firmata sit, actio intendi potest Petro ut pecuniam solvere cogatur. Quædam tamen pauca sunt facta ad quorum validitatem pretium necessarium est. Hæc sunt facta quibus agri abalienantur ex statuto quo usus executioni mandantur, cujus præscripta tractantes de justitia n. 395, et seq. exposuimus. De his factis infra dicetur ubi de contractibus in specie agetur. Interim sufficit hic dicere factum quo Julius se obligat ad agros suos tenendos [*to stand seised of his lands*] in usum Caii sui consanguinei, aut uxoris suæ Mariæ, aut Annæ quam in matrimonium ducturus est, creare usum in gratiam personæ in cujus commodum factum conceditur. Hoc modo Caius, aut Maria, aut Anna statum æquitabilem accipit; sed vi statuti citati (27 Hen. VIII., c. 10) usus executioni mandatur, ideoque statum etiam legalem accipit. Sed nisi Caius, Maria, et Anna uno aut altero ex modis expositis jungerentur cum Julio, usus non in eorum commodum sed in commodum ipsius Julii crearetur, et proindi illi nihil acciperent. Similiter quando Julius facto paciscitur et vendit agros Caio pretio constituto [*bargains and sells*], hoc contractu inito sine ulla seisinæ traditione, Caius fit dominus status æquitabilis, Julius vero retinet statum legalem, usus tamen executioni mandatur vi statuti allati, unde Caius statum etiam legalem acquirit. Attamen pretium solummodo nomine tenus requiritur; summa enim aliqua ut pretium interponi potest, quanquam non sit verum pretium, aut quanquam pretium non est pecuniarium, neque ad validitatem instrumenti necesse est ut pretium solutum sit. Per hos duos modos agros abalienandi status completus in annos conferri potest sine ingressu in agros; quod fieri non potest per abalienationem ex præscriptis juris com. confectam. Contractus etiam quibus libertas negotiandi restringitur irritus est nisi hæc obligatio aliquo pretio compensatur.

43. Requiritur semper ut pretium pro quo factum conceditur ne sit aut bonis moribus aut juri municipali contrarium. Quamvis enim, tribus casibus jam expositis exceptis, nullum pretium requiritur ut factum ratum fiat, attamen si detur pro pretio requiritur ut id *ne sit bonis moribus aut legi adversum*. Sic si Caius per contractum simplicem se obliget ad suppeditanda Berthæ quæ ad vitam necessaria sunt propter actus impudicos, contractus est invalidus sive respicit actus præteritos sive futuros. Contractus enim simplex nullam habet vim obligandi ex jure municipali, nisi pretio in justitia fundato nitatur. Sed actus impudicus præteritus tale pretium in jure non habetur. Si autem contractus nitatur actibus futuris inhonestis, pretium bonis moribus adversatur. Si vero contractus facto confirmatus esset, in priore casu validus esset, quia non nititur in aliqua obligatione turpi aut inhonesta, et quoniam contractus facto unitus pretio non indiget ut sit ratum et firmus, ideo in casu proposito validus est, quia pretium actûs turpis præteriti simpliciter nullum pretium censetur. In posteriore vero casu factum irritum est, quia pretium quo nititur est actus futurus inhonestus, et proinde contractus est contra bonos mores.

44. Factum insuper irritum est quando nititur pretio quod juri municip. sive communi sive scripto adversatur. Neque requiritur ut actus illegalis ob quem obligatio per factum suscipitur expresse a jure prohibeatur; namque sufficit si implicite prohibeatur, quippe quod lex punit eos qui talem actum commiserint. Sic factum datum a Caio ut ne perjurii accusetur apud juratos majores [*to compromise an indictment for perjury*]; aliud datum a Julio quo efficere voluit ut libellus [*a petition*] contra suam electionem ad senatum inferiorem ne deferretur; et aliud datum a Sylvestro cujus pretium erat ut Joannes divortium *in tempore futuro* inter Sylvestrum et uxorem ejus impetraret irrita declarata sunt; quia jus com. tales contractus reprobant. Idem dicendum est si pretium sit contra præscripta legis scriptæ, v. g. si sit contra statuta quibus vetitum est alca ludere lucri causâ, aut theatrum sine debita licentia aperire, factum erit invalidum. Neque requiritur ut contractus aliquo statuto expresse prohibeatur sed sufficit ut generali juris fini [*general policy of the law*] aut alicujus statuti proposito adversetur. Sic factum datum a Caio qui foro cessit [*was a bankrupt*] quo Julius majorem partem sui debiti quam ceteri creditores acciperet, invalidum est. Neque necesse est ut is qui pretium hujusmodi accipit per se ipse generalem disciplinam alicujus statuti violet; sufficit enim si contractus ineatur ut alter hoc faciat. Sic si Caius pecuniam mutuam dat Julio ut

hic possit debitum solvere, aut disceptationes componere, quæ ortæ sunt ex negotiis illicitis circa pecuniam fide publica mutuam datam, contractus erit invalidus etiamsi facto confirmatus sit. Quin etiam quando pretium ex pluribus rebus constat, quarum vel una est illicita, totus contractus irritus est. Caius induxit Julium ut scriptis procacibus Sylvestrum diffamaret. Sylvester actionem Julio intendebat. Tunc Caius contractum iniit cum Julio quo se obligabat ut si Julius causam defenderet, omnia damna et omnes impensas quas fecisset et ob libellum famosum et ob defensionem ipse solveret. Postea Caius recusavit contractum implere, et Julius actionem ad ejus executionem exigendam ei intendit. Judices declarabant contractum irritum fuisse, quia pervulgatio libelli famosi erat pars pretii. Si tamem factum plura pacta [*covenants*] complectatur, quorum aliqua sunt licita et alia illicita, dummodo pretium ne sit contra leges, totum factum non erit irritum; sola enim pacta illicita erunt irrita, pacta vero licita rata erunt. Caius et Julius socii in negotiis gerendis, societatem dissolvebant. Caius partem bonorum quæ ad Julium pertinebat emit; et Julius facto se obligavit ut eandem mercaturam ne faceret in urbe Londini neque Westmonasterii, neque in ullo loco qui minus sexcentis passuum millibus ab his urbibus distat. Declaratum est a tribunalibus factum validum fuisse quatenus urbes respiciebat, sed invalidum quatenus Julium obligabat ut eandem mercaturam ne faceret in locis qui minus 600 millibus ab his urbibus aberant. Plura de pretio contractuum infra dicentur, ubi de contractibus simplicibus agemus.

45. Necesse est ut charta aut membrana in qua factum scriptis mandatur signo reipublicæ notetur [*be written on stamped paper*]. Per 17 et 18 Vict. c. 125, ss. 28, 29, statuitur ut quando in causa apud tribunal agenda instrumentum aliquod affertur, is qui munere id recitandi apud tribunal fungitur, teneatur judicem monere si signo debito non notetur; et non admittetur ut testimonio sit, donec pecunia quæ pro plagula signata debetur et multa propter omissionem imposita solvantur. Quædam insuper instrumenta publica signari non possunt post executionem, quæ proinde nunquam ut testimonio sint admittuntur, Quando actio apud nostros judices intenditur ad summam exigendam quæ ex judicio tribunalis apud gentem exteram deberi declarata est, et instrumentum quo judicium scriptum est signo debito illius reipublicæ non notatur, si signum solummodo vestigalis causa exigatur instrumentum non rejicitur, aliter vero si ad ipsum instrumentum legaliter conficiendum requiratur.

46. In Hibernia et in comitatibus Eboraci, et Middlesaxiæ in

Anglia requiritur ut memoriale quod dicitur [*a memorial*] factorum quibus agri liberæ tenuræ abalienantur, aut reditu summo non reservato locantur in spatium temporis uno et viginti annis longius, in tabulas publicas referatur. Factum quidem non erit omni ex parte irritum quanquam in tabulas non referatur; sed irritum erit adversus emptorem aut creditorem hypothecarium, qui pretium quod in justitia nititur solverit, et memoriale scriptum instrumentorum quibus agros acquisiverit in tabulas consignaverit; modo tamen prioris abalienationis nullam notitiam habuerit. Si autem prioris abalienationis notitiam habuerit, posterior abalienatio priori postponetur quamvis sola posterior in tabulas relata sit. Si utraque pars bona fide egerit, ejus jus prævalebit, cujus instrumentum prius in tabulas relatum est, etiamsi instrumentum alterius prius confectum est (a). Sed quia factum in tabulas refertur tantum ad eum finem ut emptor, &c., notitiam habere possit priorum abalienationis factorum, ideo si alio modo hoc cognoscit, prius factum contra ipsum ratum erit quamvis nunquam in tabulas relatum fuerit. Quin etiam si Caius summam 1000 librarum mutuam a Julio acceperit, seque obligaverit ad agros propter hanc summam oppignerandos [*mortgage*] quamvis instrumentum abalienationis confectum non fuerit, et agri reapse abalienati sint postea Petro, qui *jus ad rem* [*the claim*] quod habet Julius ad vadium mortuum accipiendum, cognovit, Petrus a tribunali æquitatis vadium mortuum Julio pro pecunia debita exsequi cogetur, quia regula generalis æquitatis hæc est, quod emptor qui obligationes venditoris cognoscit, eodem modo obligatur quo ipse venditor. Ex altera vero parte, regula generalis est quod emptor, qui bona fide et sine cognitione prioris obligationis agros emerit pretio soluto numquam iis ne a tribunali quidem æquitatis privari potest. Sufficit tamen si Petrus cognoscat obligationem Caii antequam totum pretium agrorum solverit, quamvis cautionem pro solutione totius pretii dederit; aut quanquam totum pretium solverit, si priorem obligationem cognoscat antequam factum abalienationis confectum sit. Neque notitia *expressa* requiritur; a tribunalibus enim æquitatis judicatur quosdam *actus* sufficientem prioris obligationis notitiam

(a) Accipe formulam testimonii quod in tergo ipsius facti scribitur, quo declaratur memoriale facti debite in tabulas relatum esse.

"A *memorial* of the within deed was entered in the Registry Office, in the City of Dublin, on the twenty-third day of December, One thousand eight hundred and fifty-six, at ten minutes to four o'clock, in Book 35, No. 88, and the execution of said deed and memorial was *duly proved*, pursuant to an Act of Parliament, in that case made and provided." Registrar's signature.

Fees, 18s. 6d. (the sum paid for the property was £800).

significare. Præterea necesse non est ut ipse Petrus notitiam habuerit prioris obligationis; sufficit enim, si dum *hanc rem peragit* notitiam obligationis habeat jurisperitus, aut cognitor [*attorney*], aut procurator [*agent*], cujus opera in hoc negotio utitur. Non autem sufficit si jurisperitus, &c., hanc notitiam habuerit dum alia negotia perageret. Quoniam vero notitia advocati obligat emptorem, hic minime uti debet opera ejusdem advocati quem adhibet venditor; quia is plerumque obligationes etiam occultas venditoris cognoscit; et quanquam aut ex negligentia aut fraude emptorem non monuerit, ejus notitia emptorem obligabit. In factis conficiendis quæ ob pretium in justitia fundatum conceduntur hoc solum esse plerumque a partibus quibus traditur in tergo facti declaratur. Sed hoc nullomodo necessarium est ut factum sit ratum; sufficit enim agnoscere solutionem in ipso facto, et aliunde jam vidimus pretium ad essentiam facti plerumque non pertinere; et etiam quando requiritur, solutionem ad validitatem facti minime esse necessariam.

§ 2. De vi et efficacia facti.

47. 1. Talis est efficacia facti ut ei a quo factum conficitur nullomodo permittatur negare res quæ in eo exponantur. In jure municip. hoc *Estoppel* dicitur. In contractibus scriptis, non autem sigillo munitis, aliquando permittitur ut quis denegat res quas scriptis mandaverit et agnoverit. Sic si Caius scripto agnoscat se accepisse a Julio centum libras quas hic ei debebat, permittetur ei probare se pecuniam nunquam accepisse. Si vero hoc per factum testatus esset, nullum testimonium contra hoc factum a tribunalibus acciperetur. Sed ut hunc habeat effectum, verba facti debent esse clara, distincta, et definita. Neque hanc vim habet, nisi in iis negotiis quæ factum directe respicit. Sic Caio qui quasdam res declaraverat in facto inito cum Julio, has utpote temere et inconsiderate admissas postea in lite cum Sylvestro denegare permissum est. Sed in lite cum ipso Julio, Caio non permetteretur res ibi expositas denegare, quanquam alicui parti ipsius facti contradicant.

2. Caius et Julius contractum simplicem sive verbis sive scriptis de aliqua re inierunt, postea de hac ipsa materia per factum contraxerunt; quo facto contractus simplex prorsus destruitur. Hoc in jure municip. *merger* appellatur. Sic si Caius quinquaginta libris mutuis a Julio acceptis det ei chirographum quo se ad hanc summam solvendam obligat, et postea ad hanc ipsam summam solvendam per factum se astringit, obligatio chirographi prorsus extinguitur. Sed nisi uterque con-

tractus sit de eadem ipsa materia et inter easdem partes contractus simplex in facto non mergitur (a).

48. 3. Obligatio facti dissolvi non potest per verba aut etiam per instrumentum nisi sit consignatum; secundum enim juris effatum *unumquodque ligamen dissolvitur eodem ligamine quo et ligatur*. Petrus facto se ligavit ad mille libras Caio solvendas. Postea Caius verbis totum debitum condonavit. Caio mortuo ii qui vice ejus fungebantur actionem violati pacti [*action of covenant*] Petro intendebant. Petrus se defendit ea ratione quod Caius verbis debitum condonasset. Petitores oppesuerunt hanc rationem non valere ad vim facti elidendam [*demurred*]; et judices sententiam pro iis pronunciarunt; et insuper declararunt vim facti elidi non posse nisi per instrumentum signatum. In alia causa Petrus qui agros a Caio conduxerat facto se obligavit ut ædificiolum quoddam ad plantas floresque protegendos [*a greenhouse*] ne removeret; Caius postea dedit ei literas quibus permisit ei illud remove. Actione postea Petro intenta propter violationem facti literas Caii utpote non signatas non valere ad Petrum excusandum, a tribunali Banci Regii declaratum est. Hæ omnes sententiæ a tribunalibus juris com. dictæ sunt. Videtur enim facultatem quam Caius Petro tenenti suo scripto concessit, apud tribunal æquitatis valituram esse.

49. 4. Quando Caius seisinam habens status immobilis mortuus est, et status non sufficit omnibus ejus debitis solvendis, creditores quorum debita tuta præstantur per factum in quo heredes defuncti hoc nomine obligantur, privilegio potiuntur, ut ante debitores ex contractu simplici solutionem accipiant, ut in tractatu de Justitia n. 302 exposuimus. Insuper in administratione rerum mobilium defuncti, creditores quorum debita facto muniuntur, creditoribus præponuntur quorum jus in contractu simplici nititur.

(a) "As where a banker takes from a customer and a surety a bond for payment of all sums *advanced, or to be advanced*, to the customer, there is no merger; for the special contract differs from the simple in securing the payment of *other and additional* moneys, and also from another and additional person. So also when two out of three simple contract debtors gave a special security for the debt, it was held that the simple contract liability was not merged in the specialty, and that *assumpsit* lay." Smith, p. 24. The action called *assumpsit* is the remedy for recovering debts due on simple contracts. The action of *covenant* is the remedy for obtaining what is due by deed. When there is no merger, the plaintiff may choose either of the actions just mentioned; but when the simple contract is merged in the deed, he cannot proceed by *assumpsit*.

§ 3. *Quandonam factum ad validitatem contractus sit necessarium?*

50. In tractatu de justitia nn. 253, 258, et 259, exposuimus quid per res mobiles et immobiles, et quid per res corporales et incorporeales intelligatur. Ibi etiam n. 355, exposuimus hereditamenta corporalia *in possessione* olim vix aliter quam traditione seisinæ, et verbis quibus quantitas status concessi declarabatur, abalienari potuisse. Quamvis vero hic modus abalienationis adhuc adhiberi potest, attamen nisi per factum nomine donatoris subscriptum firmetur, nullum vim habebit nisi ad statum *ad beneplacitum* creandum. Unde modus hereditamenta corporalia abalienandi per traditionem seisinæ, nisi ubi agitur de tenuris per copiam rotuli in quibus abalienandis sollemnitas facti non requiritur omnino in desuetudinem abiit. Nunc enim hereditamentum corporale in possessione per factum nomine abalienantis subscriptum abalienari potest, et si status concessus sit aut hereditarius aut in vitam, is cui datur statim etiam acquirit *liberi tenementi* possessionem (a). Quando vero agri locantur in annos, aut alio modo qui liberum tenementum non efficit, ad possessionem status obtinendam, casu supra exposito n. 45 excepto, necessarium est ut conductor agros ingrediatur. Necessitas facti adhibendi in abalienatione hereditamentorum corporaliū in possessione, præcipue 8 et 9 Vict. 106, s. 3, nititur. Ex hoc enim statuto necesse est ut post diem 1^{um} Oct. 1845, feoffamenta, commutationes et partitiones agrorum facto confirmentur, nisi agri per copiam teneantur; et idem necessarium est quum locantur agri in spatium temporis tribus annis longius, et in assignationibus status mobilis [*a chattel interest*] qui ex *tenementis* aut *hereditamentis* derivatur, nisi tamen per copiam teneantur, et in conventionem ineunda qua Caius agros quos in annos aut in vitam possidet, reddit [*surrenders*] Petro ad quam statū residuum aut reversio pertinet, nisi status Caii aut per copiam teneatur, aut sine scripto instrumento creari potuerit.

51. Hereditamenta incorporalia vel hereditamento corporali ita adnectuntur ut simul cum eo acquirantur aut amittantur [*are appendant or appurtenant*], vel existunt independenter [*in gross*]. Priora eodem modo abalienantur quo ipsum hereditamentum corporale; eo enim abalienato, hereditamenta incorporalia una cum eo abalienantur. Posteriora, sive status qui in iis conceditur est hereditarius, sive in vitam, sive in annos, abalienari nequeunt nisi per factum; et idem dicen-

(a) Cf. de Justitia, n. 354, et seq.

dum est de statibus *in residuo* aut *in reversione*; et propter eandem rationem; quia in hujusmodi abalienationibus nulla potest esse traditio seisinæ. Jura quæ inventoribus novarum artium per *litteras patentes* vindicantur, ex præscripto 15 et 16 Vict., c. 33, nisi per factum aut testamentum abalienari non possunt (a). Et ex 17 et 18 Vict., c. 104, s. 55 [*Merchant Shipping Act*, 1854], neque ipsa navis, quæ in tabulas publicas relata est neque ulla portio ejusdem abalienari potest, nisi per factum. Insuper facultatem quam Caius concedit Petro ut factum ejus nomine exsequatur, facto confirmari necesse est. Catalla personalia corporalia sine solennitate facti ab uno in alterum transferri possunt, et idem dicendum est de catallis realibus corporalibus *in possessione* ex præscripto juris com., sed ex variis statutis horum abalienatio nisi solennitate facti nunc effici non potest.

§ 4. *De Regulis quæ in factis interpretandis observandæ sunt.*

52. Quoniam easdem regulas interpretandi [*construction*] observant tribunalia circa omnes contractus *scriptos*, sive signati sunt, sive non sunt, de his omnibus contractibus hic agemus. Sed antequam ipsas regulas interpretationis exponemus, dicendum est interpretationem omnium instrumentorum scriptorum ad solos judices pertinere; si autem disceptatio de veritate quorundam factorum oriatur ad juratos pertinet hanc controversiam dirimere. Hæc regula sic a Judicibus declarata est (b). Petrus curator auctionum suscepit negotium a Caio certos agros vendendi pretio constituto, ea conditione ut si agri venderentur aut sub hasta, aut infra duos menses post auctionem habitam, Petrus singulas libras ex centenis accipere deberet. Si vero non venderentur sub hasta, aut infra duos menses Petrus dimidiam tantum partem libræ pro centenis lucraretur. Agri venditi non sunt sub hasta, neque infra duos menses lunares post auctionem, sed infra duos menses ad rationem calendarii computatos [*calendar month*] venditi sunt. Actione Caio intenta ad singulas libras pro centenis pretii obtinendam, contendebat Caius menses lunares computari debere (c), nisi ex contextu, aut ex usu in aliqua mercatura, aut ex consuetudine loci in quo contractus initus est, menses secundum calendarium computatos intelligi debent; et quoniam nihil esset in contractu de quo lis erat unde intelligi possit verbum mensis sensu communi non esse acceptum, *judicem* debere hoc modo mensem interpretari. Judex

(a) Cf. Tract. de Just. n. 651.

(b) Ap. Smith, Law of Contracts, p. 465, et seq.

(c) De modo legali computandi menses, &c., cf. de Just. n. 333.

præscripta legis sic exposuit. Si ex contextu appareat partes contrahentes menses calendarios intellexisse, ipse iudex talem fuisse partium mentem declarare potest; si ex circumstantiis in quibus instrumentum confectum est appareat partes verbum mensis in sensu non usitato seu minus communi [*secondary*] acceperisse iudex potest id ita interpretari. Si vero affirmetur a partibus verbum fuisse acceptum in significatione speciali quam habet in aliquibus negotiis, aut ex usu in aliquo loco, ad juratos pertinet judicare utrum partes id usurpaverint in hoc sensu necne. Ad juratos etiam pertinet quædam vocabula artium propria [*technical*] interpretari. Modus vero agendi partium qui instrumentum scriptis mandarunt non valet per se ad subtrahendum a iudice jus vocabulum interpretandi, cujus sensus principalis est fixus et determinatus, ita ut ad juratos transferretur.

53. Vocabula contractus eodem modo interpretanda sunt quum scriptis mandatus est, sive instrumentum sigillo munitum est, sive non est, et tam in causis publicis, quam in privatis. Quatenus tribunalia æquitatis a tribunalibus juris com. in legibus interpretandis discrepent in procæmio ad tractatum de Just. n. 48 exposuimus. Non est certus quidam numerus et fixus regularum interpretationis apud jurisperitos, neque in iis exponendis eundem ordinem sequuntur. Ad sequentes tamen regulas reduci possunt.

54. Prima regula est: Voluntati perspicuæ partium potius quam verbis adhærendum est; etenim *verba intentioni debent inservire*. Sic si in facto quo abalienatur status *in residuo*, dicatur *in reversione* (a), aut vice versa, abalienatio erit valida. Sed hæc regula non obtinet, nisi quando intentio est perspicua, et quando *vocabula artis*, ut verbum *heres* in facto quo conceditur status hereditarius, non omittantur. Ad hanc regulam pertinet aliud effatum juris: *mala grammatica non vitiat chartam*; sive sermone latino sive anglico scripta est.

55. Secunda regula est; vocabula, nisi aliqua ratio ostendit contrahentes ea in sensu peculiari usurpasse (b), in sensu obvio et naturali accipienda sunt. Sic quando Caius per factum censum annuum uxori suæ Annæ hac conditione concessit ut si ullam societatem cum Julio contraheret, et aut cum eo viveret, aut turpiter cum eo ageret, factum irritum efficeretur, quanquam nulla turpitudine probata est, attamen factum irritum declaratum est, quia Anna in domum suam receperat Julium, quando ipsam videndi causa ibi advenisset.

56. Tertia regula est: Totum instrumentum simul interpre-

(a) Cf. De Just. nn. 360 et 365.

(b) Cf. sup. n. 52.

tandum est; ita ut, verbis a naturali significatione non detortis, singulæ partes instrumenti inter se cohæreant. Non autem recurri potest ad totum instrumentum, ut verba a sensu suo obvio et naturali detorqueantur. In hac regula adhibenda consideranda sunt, locus in quo contractus initus fuerit, tempus, finis quem partes sibi proposuerunt, et ars aut disciplina ad quam materia contractus pertinet; aliter enim verba artis propria secundum mentem contrahentium non acciperentur.

57. Quarta Regula est: quando in ipso instrumento incidit aliqua manifesta [*patent*] ambiguitas, nunquam licitum est eam explicare ex verbis, aut etiam ex scriptis quæ pars ipsius instrumenti non sunt; quando vero ipsum instrumentum perspicuum est, aliqua autem ambiguitas oritur ex extraneis circumstantiis, hanc explicare licet aut verbis aut scriptis quæ non sunt pars instrumenti. Hæc secunda ambiguitas *latens* dicitur. Distinctio inter utramque ambiguitatem ex exemplis facilius intelligetur. Sic si Petrus testamentum conficiat in quo legat mille nummos, loco in quo nomen legatarii scribi debet vacuo relicto, ambiguitas instrumenti manifesta est. Iterum quando summa pecuniæ in contextu chirographi diversa est ab ea quæ in margine describitur, ubi secundum receptam consuetudinem summa notatur, adducere testimonium extraneum ut probetur summam in margine positam esse summam de qua inter partes vere convenit, a tribunalibus non permittetur. In his casibus ambiguitas manifesta dicitur.

58. Si vero Petrus mille nummos legavit Joanni Smith, nullo alio indicio appposito quo a multis aliis hominibus qui eodem nomine appellantur distingui possit, ambiguitas *latens* dicitur. Ipsum enim instrumentum perspicuum est, et ambiguitas extrinsecus oritur, nempe quia plures viri nomine Joannis Smith appellantur. Idem dicendum erat si Caius manerium suum Saltûs legasset Julio, et duo possedisset ejusdem nominis maneria, nempe Saltum Australem, et Saltum septemptrionalem. In hoc casu ambiguitas non dicitur oriri ex ipso instrumento sed extrinsecus, et testimonium quo declaratur quæ fuerit voluntas testatoris adduci potest ex personis, ex rebus quæ legantur, ex mandatis [*instructions*] testatoris circa confectionem testamenti, &c.; et ipsa verba testamenti explicare licet, si testator certas res aut personas specialibus nominibus designare consueverat: et etiam ex eorum significatione secundum usum alicujus loci, aut artis aut scientiæ. Sic Caius per factum agros abalienavit Julio in decem annos a die prima Junii. In hoc casu secundum præscripta juris municip. Julius jus non habet, post tempus in locationis instrumento statutum segetes crescentes [*the way-going crop*] auferendi. Attamen quoniam hoc jus ad tenentes perti-

nebat ex consuetudine speciali parœciæ in qua agri siti erant, tribunalia decreverunt segetes crescentes ad Julium pertinere. Si vero in instrumento locationis declaratum esset, fore ut segetes crescentes, post tempus finitum ad dominum agrorum pertinerent Julius vi consuetudinis eas sibi vindicare non poterat. Attamen quamvis essent pacta in locationis instrumento quæ contra consuetudinem loci servari deberent, quamdiu locatio perduraret, hæc non obstarent ne tenens, tempore locationis elapso, segetes crescentes sibi vi consuetudinis vindicare posset.

59. Non solum in contractibus inter dominum agrorum et tenentem, sed et in aliis contractibus commercium respicientibus, testimonium viva voce datum admittitur, ut probetur quasdam conditiones certis contractibus ex consuetudine annexas esse. Sic is qui negotium suum proxenetæ [*a broker*] mandat, hoc ipso ei concedit facultatem contractus ineundi, secundum regulas quæ eo tempore observantur in foro argentario [*the Stock Exchange*], non autem secundum eas quæ postea introducuntur. Sic etiam contractus quo Caius operam suam Julio in annum locaverat obligans se ad totum tempus negotiis Julii gerendis impendendum, et ut se in omnibus famulum fidelem præstaret, non obstitit ne Caius commodis ex consuetudine loci debitis frueretur secundum quam iis qui in similibus negotiis versarentur, otiari in certis diebus festivis et dominicis liceret. Iterum contractus initus est inter herum quendam et domesticum, mercede centum et quinquaginta librarum in singulos annos constituta, ea tamen conditione, ut si in exitu anni herus comperiret domesticum mercaturam non ignobilem fecisse triginta libras præter mercedem promissam ei donaret. Ex consuetudine istius loci, indicio ante unum mensem alteri dato, aut herus aut domesticus contractum terminare potuit. Herus domesticum ante exitum anni dimisit; et actione ei intenta a domestico, tribunal declaravit dimissionem fuisse legalem, quia in contractu specialiter cautum non erat ut contractus ne ante exitum anni finiretur.

60. Sed consuetudo non admittitur, quæ cum verbis contractus scripti conciliari non potest. Caius cautionem dederat de damno resarciendo si quid acciperet navis ante quam ad portum perveniret, et etiam in unum diem post cursum confectum; oneris [*the cargo*] quoque periculum in se susceperat *usque dum in terram exponeretur*: Post tres dies quam ad portum pervenerat navis una cum onere concremata est. Ex consuetudine loci cautio tam de onere quam de nave terminari debuit. Attamen tribunalia statuerunt hanc consuetudinem quantum ad onus attinebat stare non posse, utpote expressis verbis contractus adversam. Similiter Caius litium procurator [*attorney*] scripto instrumento se obligavit ut

Julium sibi in negotiis suis gerendis socium ascisceret. Julius nondum cooptatus erat in ordinem procuratorum litium, et Caius contendebat ab utraque parte intellectum esse societatem incundam non esse nisi quum Julius procurator fuisset. Sed quia verba contractus significabant societatem statim ineundam esse, tribunalia recusarunt testimonium quo probaretur societatem faciendam non esse nisi quum Julius procurator esset. Insuper quando ipse contractus insolitus est, usum aut consuetudinem ad eum exponendum invocare non licet.

61. Jam diximus verba quæ in quibusdam negotiis significationem minus usitatem obtinent secundum hanc significationem a juratis exponi posse. Sic declaratum est a tribunalibus verba, *onerare navem infra tempus rationabile*, exponi posse secundum consuetudinem portus, si in eo ex usu hæc verba specialem significationem habeant. Similiter testimonium viva voce datum admissum est ad determinandam significationem *loci plani* [*a level*], in instrumento quo carbonariæ fodinæ locatæ sunt. In alia causa Caius pactum scriptis mandatum fecit cum Julia scenica quo hæc tenebatur agere in illius theatro per tres annos pretio constituto ad quinque libras pro singulis hebdomadibus. Quum actio Caio intenderetur ad mercedem obtinendam ei permissum est testimonium adducere quo probaretur eam fuisse theatrorum consuetudinem ut merces non solveretur nisi per id ipsum tempus quo fabulæ agerentur. Ex eodem principio testimonium admissum est ut probaretur Sinum Finnicum in contractibus qui ad mercaturam pertinent, nomine maris Baltici contineri, et *Mauritium* esse insulam Indiæ, quamvis a geographis Africæ ascribitur.

62. Observandum est neque ex significatione insolita quam quædam verba accipiunt in certis negotiis, neque ex usu quo quædam accessoria [*incidents*] principali contractui annectuntur efficitur ut *legale* testimonium afferi nequeat quo probetur partes aut secundum significationem solitam aut secundum usum communem contrahere voluisse. Ad juratos pertinet declarare utrum partes contrahentes verba secundum sensum insolitum quem habent in aliqua negotiatione aut arte acceperint necne; utrum talis usus seu consuetudo prævaluerit, necne. Quum vero hæc a juratis declarata sunt, non ad eos sed ad iudicem pertinet sensum totius instrumenti interpretari.

63. Manifestum est scriptum contractum existere debere priusquam hæc regulæ applicari possint. Sed revera sæpe difficile est determinare quando contractus scriptus existat. De hac re plura dicemus, quando de contractibus simplicibus agemus. Interim unum aut alterum exemplum proferre juvat. In indice scripto

rerum quæ sub hasta vendendæ erant dictum est scrinium quoddam habere certas partes ex argento confectas, sed tempore venditionis Caius curator auctionum pronunciavit dictas partes esse tantum argento obductas. Res ita licitantibus declarata est sed nulla mutatio facta est in indice. Julius, quo præsentē curator auctionum declaraverat partes esse tantum argento obductas, scrinium emit. Quum actio Julio intenderetur ad pretium vindicandum, respondit partes non esse ex argento confectas ut in indice scripto expositum est, et contendebat ea quæ Caius viva voce pronunciavit admitti non posse ad mutandum contractum scriptum. Tribunal tamen judicavit venditionem esse justam, quum Caius recusasset scrinium vendere secundum ea quæ exposita erant in indice scripto, et ideo declaravit totum contractum verbis solummodo initum esse. Caius per literas jusserat ut Julius certas merces ad se remitteret. Julius merces cum indice remisit; sed neque in literis Caii neque in indice mercium, mentio facta est temporis quo pretium solvi debuit. Si hic contractus in jure respiceretur ut scriptis mandatus, Caius teneretur pretium solvere simul ac merces traderentur. Sed in hoc casu ex literis Caii et indice Julii perfectus contractus effici non potuit; quia Julius non requisivit indicem sed ipsas merces, et proinde nullus contractus initus est donec merces traditæ sunt. Contractus ergo erat partim scriptis mandatus et partim verbis initus; et in his circumstantiis tribunalia testimonium viva voce datum accipiunt; non ut instrumento scripto contradicatur, sed ad totum contractum cognoscendum cujus aliqua tantum pars erat scriptis mandata. Iterum Caius in indice scripto et ad Julium transmissio ut certarum mercium venditorem sese exhibuit. Actio ei intenta est a Julio eo quod merx neque rite in fasciculos est colligata, neque tradita est. Sed permissum est Caio testimonium adducere, has merces de alio mercatore emptas esse, et in indice cum mercibus Caii appositas, ipso Julio rogante, et ob ejus commodum. In hoc casu contractus de mercibus quas non rite colligatas esse declaratum est, initus est a Julio cum alia persona, antequam index a Caio confectus est.

59. Ex iis quæ hic exposuimus duo inferri possunt: 1. Contractum scriptum ex diversis instrumentis confici posse, ut amplius infra illustrabitur; 2. Subtilitates expositas ansam præbere hominibus improbis ad obligationes suas effugiendas, ut non raro fraude et dolo debita justa solvere recusent.

60. Ceteræ regulæ quæ in interpretandis contractibus scriptis servandæ sunt sic breviter exponi possunt: 5^a regula: interpretatio debet esse *favorabilis*, secundum effatum juris, *res magis valeat quam pereat*. Itaque si verba duplicem habeant significa-

tionem, quarum una est secundum legem, altera contra eam, prior amplectenda est. Sic si Caius tenens in tallio agros locat Julio in vitam, nulla facta mentione ejus in cujus vitam conceditur locatio, interpretandum est eam factam esse in vitam Caii et non Julii; quia prior significatio est secundum legem, posterior contra eam. Iterum quando in contractu verba quæ latius patent alia quæ minus valent sequuntur, ea quæ minus valent ita interpretanda sunt ut alias res *ejusdem generis* complectantur, præter eas quæ in his enumerantur. Sic instrumento assecurationis navis cautum est de damnis ex periculis navigandi, ex navibus bellicis, ex incendio, inimicis, piratis, raptoribus; de jactura quæ fit ad navem levandam [*jettisons*], de damnis quæ inferuntur a navibus privatis quibus facta est potestas bellum mari gerendi, de damnis ex coercitione, aut detentione quorumcumque regum, principum, aut *populorum*, et de *omni alio damno, quod navis, bona, aut merces patientur*. Navis cum mercibus demersa est ex errore ab alia nave ejusdem nationis, quia perperam putabatur ad hostes pertinere. Actione assecuratori intenta ad pretium navis et mercium obtinendum, is contendebat se obnoxium non esse, quia damnum ex causis in instrumento enumeratis non evenit. Ex altera parte petitor contendebat ex eo quod verba in extremo instrumento tam late patebant, assecuratorem, obligatione teneri resarciendi *omne damnum quod quovis modo mari eveniret*. Hanc interpretationem rejecit tribunal; si enim res ita se haberet, enumerare casus quosdam speciales inutile esset et inane; sed declaravit propter verba generalia, assecurationem non esse restringendam ad solos casus specialiter enumeratos, sed et alios *ejusdem generis* complecti debere, et ideo assecuratorem ad damnum resarciendum obligatum esse.

61. Sexta regula a jurisperitis sic declaratur: *Cuiunque aliquid conceditur, conceditur et id sine quo res ipsa non esse potest*, id est quando Caius concedit Julio agros ad quos nullus est aditus nisi per alios Caii agros, hoc ipso jus viæ Julio concedere in jure censetur. Septima regula est; quando in eodem instrumento duæ inveniuntur clausulæ quæ inter se minime conciliari possunt, posterior rejicienda est (*a*). Diversa tamen regula in interpretandis testamentis prævalere videtur, ideoque in dicto casu clausulæ ultimæ adhærendum est (*b*). Ultima regula est; instrumentum interpretandum esse contra eum a quo conficitur; sive ut traditur a jurisperitis: *verba fortius accipiuntur contra proferentem*. Supponitur enim fore ut homines uterentur verbis ambiguis, si

(*a*) Cf. Sup. n. 40. 2^o. Habendum, &c. (*b*) Cf. Stephen, vol. i. p. 509. n.

hoc modo obligationes suas evitare possent. Sed ad hanc regulam numquam recurrunt tribunalia, nisi quando instrumentum ope aliarum regularum explicari non possit; neque in actione regi intenta a donatario, ad donationem obtinendam, ullo modo admittitur.

§ 5. *Quibus modis obligatio facti evitari possit.*

62. Facti obligatio evitari potest duplici modo, nempe 1. probando factum irritum fuisse *ab initio*; et 2. *Ex post facto* ut utamur verbis jurisperitorum; ostendendo ejus obligationem ob aliquam causam jam desiisse. Conditiones ad validitatem facti necessariæ supra exposuimus. Aliqua ex iis deficiente factum ab initio irritum est. Itaque hic tantum agendum est de modis quibus obligatio facti ab initio validi postea evitari possit. Hoc fit 1. litura [*by erasure*], interpositione [*interlineation*], aut alia alicujus momenti mutatione; nisi hoc in ipso facto tempore executionis annotetur. Attamen si nullum sit testimonium has mutationes post facti executionem introductas esse, præsumetur eas factas esse ante instrumenti executionem. Contra in testamentis præsumitur tales mutationes esse introductas post instrumenti executionem. 2. Sigillum plane delendo, ita ut in charta aut membrana nullo modo inveniri possit, &c. 3. Tradendo factum ut scriptura deleatur. Sed hoc in 2. et 3. casu fieri debet ab iis ad quos factum jure pertinet; si enim vi aut dolo factum destruat, aut scriptura deleatur, aut sigillum eradatur, remedium ad hanc injuriam reparandam a tribunalibus æquitatis præstaretur. 4. Factum omnino irritum fit, quando ii quorum assensus necessarius est ut vim habeat, ei assentiri renuunt. Sic requiritur assensus mariti circa facta uxoris; minoris quando sui juris fit circa facta quæ confecerit dum minor esset; et ejus qui eo tempore quo factum confecerit *duritie* (quæ vox statim exponitur) laborabat, postquam a vi injusta liberatus est. 5. Factum omnino irritum declarabitur a tribunali Cancellariæ quando adulterinum est [*forged*] aut vi [*duress*] vel dolo obtentum. Dicitur factum vi seu duritie obtineri quando quis contra propriæ voluntatis propensionem, aut in domo aliqua, aut in via sive publica sive privata, aut alio modo legi repugnante detinetur, donec factum conficiat. Si quis vero legitime in carcere detineatur, et ad obtinendam libertatem aut ob aliam causam legitimam factum conficiat, factum ratum et validum est. 6. Potest quis liberari ab obligatione facti per liberationem [*a release*]. Necesse est ut hæc scriptis mandetur et sigillo munitatur.

Nunc autem in quibusdam casibus non tantum tribunalia æquitate, sed ex statutis recentioribus, etiam juris com. tribunalia debitorem a facti obligatione propter liberationem creditoris quanquam non sit sigillo firmata, liberare possunt.

63. Exsecutio obligationis quæ ex facto oritur exigi potest per actionem specialem quæ pacti [*covenant*] dicitur; et si quis obligatur ad certam et determinatam pecuniæ summam solvendam, aliam actionem *assumpsit* dictam ei intendere potest creditor. Actionem ad facti exsecutionem exigendam intra viginti annos intendi necesse est, nisi is in cujus gratiam exigitur, fuerit minor, aut mentis non compos, aut mulier matrimonio juncta, aut extra fines Britanniae et Hiberniae; quia ii in jure inhabiles censentur ad sua jura vindicanda, et tempus per quod his rebus impediabantur a computatione viginti annorum excluditur. Denique hic notandum est nunc per 17 et 18 Vict. c. 125 [*Common Law Procedure Act, 1854*], posse tribunalia juris comm. specificam contractus exsecutionem sive facto munitus est sive non est, decernere et mandatum ad injustum aggressorem ab injuria inferenda cohibendum in quibusdam casibus concedere (a).

(a) De his rebus, cf. tract. de Just. in procem. nn. 51 et 52.

DISPUTATIO TERTIA.

QUÆNAM CONDITIONES IN OMNIBUS CUJUSCUMQUE GENERIS CONTRACTIBUS REQUIRANTUR, UT CONTRACTUS RATUS ET VALIDUS SIT.

Ad quemcumque contractum ratum conficiendum, debent esse 1. personæ contrahendi capaces; 2. materia apta; 3. forma debita; 4. consensus legitimus. De his quatuor conditionibus contractuum totidem §§. tractabimus.

§ 1. *Quænam personæ sint contrahendi capaces ?*

64. Ii omnes et soli jure naturali contrahere possunt, qui sufficientem rationis usum habent, ita ut quid agant satis intelligere possint. Jure municip. incapaces sunt contrahendi aut omnino, aut ex parte, saltem ita ut unus vel alter contractui stare non obligetur, 1. mente capti; 2. minores; 3. ebrii; 4. mulieres matrimonio junctæ; 5. civiliter mortui; 6. alienigenæ; et 7. ii qui, ut utamur verbis jurisperitorum, ex duritie [*duress*] contrahere coguntur. Satis patet plures ex his etiam jure solo naturali spectato contrahere non posse; quia consensum sine quo contractus ratus et validus confici non potest, dare non possunt. Quatenus contrahere possint mente capti, lunatici, minores, et mulieres matrimonio junctæ in tractatu de justitia exposuimus (*a*). Contractus eorum qui mente capti sunt et minorum de rebus necessariis rati et firmi sunt. Contractus alii minorum qui ad eorum manifestum commodum tendunt rati sunt; ii qui ad eorum incommodum tendunt irriti. Ii qui neque ad commodum eorum neque ad incommodum tendunt aut irritari aut confirmari possunt a minoribus postquam annum 21^{um} compleverint. Confirmatio necessario scriptis mandari debet. Abalienationes bonorum a

(*a*) De minoribus cf. nn. 461, 462; de mente captis 479; de uxoribus 488, 489.

lunaticis aut mente captis factæ, nisi dum usu rationis in aliquod temporis intervallum potiuntur, prorsus sunt irritæ. Bona autem emere possunt, et si emptio eis profuerit rata habebitur; si vero iis damnosa sit, irrita a tribunalibus declarabitur. Uxor contractus validos inire potest de rebus necessariis si eas maritus suppetitare aut recuset aut negligat, quamvis in eadem domo cum marito habitat. Sed quia novæ leges de possessionibus et bonis mulierum nuptarum et de alienigenis a parlamento nuperrime latæ sunt, de iis in duobus punctis sequentibus agemus.

65. Homo tam ebrius ut nesciat quid faciat contractum firmum inire non potest; neque is qui per *duritiem* [*duress*] contrahere cogitur. De duritie infra ubi de consensu agetur. Ii qui perduellionis convicti capitis damnati sunt, et ii qui proscripti sunt [*are outlawed*], aut criminis felonie regulariter convicti possessionibus, bonis, et juribus civilibus privantur, quemadmodum in tractatu de Justitia n. 585 et sequentibus exposuimus.

Punctum Primum.

De dominio et juribus uxorum circa possessiones et bona, ex lege quæ nuperrime (A. D. 1870) lata est.

66. Ante hanc legem latam mulier nupta, nisi possessiones vel bona independenter a marito in proprium suum commodum possideret, nihil sibi vindicare proterat præter necessaria ad vitam et cultum, quamdiu simul cum marito habitabat; ex statutis vero recentioribus, quando ex justa causa separatim a marito vivebat, ipsa tutelam pecuniæ aliarumque rerum sibi postquam maritus decesserit obvenientium, aut licita sua industria acquisitionum obtinere poterat, quo facto has tanquam si esset mulier innupta possidebat: de hac tamen tota materia cf. tractatum de Justitia disp. 24^a §§. 6 et 7 a n. 481. Ibi nn. 487, et 497, exposuimus dominium quod nunc habet mulier matrimonio juncta ex variis statutis recentibus circa bona sua quum obtinuerit divortium *legale* a vinculo matrimonii, quod in Hibernia a tribunalibus decerni non potest; aut divortium a thoro et habitatione; aut quum maritus eam sine justa causa deseruerit, aut quum pacto convenierit inter virum et uxorem ut separatim vivant. Quum enim plenum dominium suorum bonorum adquisierit, plena facultate circa hæc contractus ineundi potitur. Hæc omnia præscripta respiciunt eas tantum uxores quæ, ex aliqua causa quæ *justa* esse a jure municipali agnoscitur, separatim a viris suis vivunt. Sed in sessione pænultima parlamenti nova lex lata est quæ respicit uxores quæ una cum maritis habitant. Ejus præscripta in

Anglia et in Hibernia, non autem in Scotia observanda sunt. Hac lege 33 et 34 Vict., c. 93, quæ *Married Woman's Property Act* dicitur, statutum est ut uxor mercedes, aliaque lucra, quæ post diem 9^{um} Aug. 1870 acquisierit ex industria propria, occupatione aut mercatura quam ipsa separatim a marito fecerit; et pecuniam aliaque lucra quæ ex peritia in artibus aut in scientiis perceperit sibi soli sine ullo consensu mariti vindicare possit. Quum hanc pecuniam sive in censibus annuis publicis, sive perpetuis, sive in vitam, sive in annos, aut apud argentariam, aut alio modo licito collocaverit, tum sors, tum lucra inde percepta, ad ipsam solam jure pertinebunt.

67. Mulier sive nupta, sive innupta quæ alicui viro nuptura est, requirere potest a præside [*the governor*] argentariæ sive quæ Anglicana dicitur sive quæ Hibernica formulam ab eo conficiendam, qua ei mandabitur ut si ipsa jus habeat aut brevi habitura sit ad aliquam pecuniam in fundis (*a*) publicis collocatam, hæc pecunia modo summa sit saltem viginti librarum, ad se ipsam transferatur nomine suo si jam nupta sit, aut si nondum nupta sit, eo nomine quo post matrimonium contractum appellabitur: quo facto sors et fenus ad ipsam solam matrimonio existente pertinebit, æque ac si sit mulier innupta.

68. Similiter mulier matrimonio jam juncta, aut mox jungenda, literis datis ad magistros [*the directors or managers*] alicujus corporis aut societatis [*any incorporated or joint-stock company*], ab iis exigere potest ut si jus habeat aut brevi habitura sit ad aliquas partes [*shares*], quarum totum pretium jam solutum est; aut ad aliqua chirographa [*debentures*]; aut ad aliquam portionem sortis [*stock*] hujus corporis vel societatis, modo hæc partes &c., ejusmodi sint ut qui eas habent nullum periculum suscipiant, potest inquam exigere ut hæc partes, &c., ut sui ipsius propriæ in libros societatis referantur: quo facto hæc omnia, simul cum lucris quæ ex iis percipientur, ad ipsam solam pertinebunt. Eodem modo literis datis ad eos qui administrant res societatis rite in tabulas publicas relatæ (*b*), ab iis exigere potest, ut si jus habeat aut brevi habitura sit ad aliquas partes, chirographa, beneficia, aut jura cujuscumque generis, hæc partes, chirographa beneficia, aut jura cujuscumque generis, quorum possessor nullum periculum suscipit, ad quæ ipsa jus habeat, aut habitura sit, in libros societatis modo jam exposito referantur.

(a) Cf. de Just. n. 509.

(b) Societates quæ in stat. sec. 4^a numerantur sunt: "Any industrial and provident society, any benefit society, benefit building, or loan society, duly registered, certified or enrolled."

Si vero pecunia quam mulier in fundis publicis collocaverit, aut quâ partes, chirographa, portiones sortis, beneficia aut jura in aliquo corpore aut societate in scio marito emerit, ad hunc jure pertinuerit; veritate cognita, is apud judices exigere potest ut hæc omnia cum lucris quæ ex iis percepta fuerint, aut aliqua pars eorum sibi ipsi restituatur. Si vero hæc facta sunt sciente marito ad creditores ejus defraudandos, ab ipsis creditoribus repeti possunt.

69. Mulier nupta contractum inire potest cum aliqua societate, quæ de pecunia post mortem solvenda cavet [*insurance company*], quo convenit ob pretium annuum a muliere solvendum, ut quum ipsa, vel maritus, si non de propria vita sed de vita mariti cautum sit, decesserit, jure ad certam summam potitura sit, et si in instrumento *assecuracionis*, quæ dicitur, declaratum sit hanc summam solvendam esse aut ipsi uxori in suum proprium commodum, aut iis qui ejus vice fungentur, hoc ratum et validum erit. Insuper maritus similem contractum de propria sua vita inire potest, in quo si declaretur contractum confectum esse in gratiam aut solius uxoris, aut uxoris et liberorum, aut cujuspiam ex iis, fideicommissum in gratiam uxoris, &c., ipso facto constituisse censebitur; ita ut commodum quod ex hoc contractu percipi possit eo vivente, et summa solvenda quando decesserit, pars ejus status non futura sint, neque ab ejus creditoribus vindicari possint. Hoc contractu a marito confecto, fiduciarius constitui potest aut dum vivit ipse maritus, aut post ejus mortem, a tribunali Cancellariæ in Anglia aut in Hibernia, aut ab illo judice curiæ Comitatus in Anglia, aut ab eo jurisperito qui præsidet sessionibus magistratuum trimestribus in Hibernia, qui jus dicit in iis locis ubi sita est mensa societatis quacum contractus initus est. Si vero probetur contractum initum esse ad creditores defraudandos, iis tantam pecuniam quanta æqualis sit annuis pretiis quæ soluta fuerint exigere jure licebit.

70. De Justitia agentes n. 484 et seq. exposuimus omnia bona et catalla tum mobilia tum immobilia mulieris, matrimonio contracto, absolute ad maritum pertinere et totam administrationem et omnia lucra ejus status immobilis dum matrimonium staret ad maritum translatum esse, nisi hæc omnia ante matrimonium in usum et commodum uxoris solius ordinata essent. Neque potuit uxor ullam actionem intendere ad compensationem obtinendam propter injuriam aut corpori aut bonis illatam nisi de consensu mariti, et nisi nomine tam mariti quam uxoris intenta esset. Ex altera parte, matrimonio contracto, maritus statim obnoxius erat omnibus debitis uxoris etiam ante matrimonium contractis solvendis. Ex præscriptis vero statuti de quo agimus, si maritus

scriptus pactus fuerit omnia bona et possessiones mulieris quam ducturus sit ab ea, contracto matrimonio, habenda esse in suum proprium usum et commodum, hoc pactum in jure ratum et validum erit; et ex altera parte, in matrimoniis contractis post hanc legem latam maritus obnoxius non est solvendis uxoris debitis ante matrimonium contractis; et actio uxori soli intendi poterit ad eorum solutionem exigendam eodem modo ac si matrimonio juncta non fuerit. Potest etiam uxor sine ullo mariti consensu actionem proprio nomine intendere ad lucra exigenda quæ ex labore, occupatione, aut mercatura, modo exposito, acquisiverit, et ad pecuniam possessiones et bona sibi debita, postulanda. Et in his omnibus vindicandis actionem aut publicam aut privatam intendere potest eodem modo ac si sit mulier innupta.

71. Reditus et lucra status sive est liberum tenementum, sive per copiam, sive ex consuetudine tenetur, quæ jure hereditario pervenerint ad mulierem quæ post diem 9^{am} Augusti A. D. 1870, in matrimonio conjuncta est, ab aliquo qui intestatus e vita decesserit, salvis fideicommissis et ordinationibus, si quæ sint, quæ hunc statum respiciunt, ad solam uxorem pertinebunt. Bona vero mobilia quæ ad eam pervenient ex aliquo consanguineo qui intestatus decesserit, et pecunia ducentas libras non excedens, quæ ex facto vel testamento acceperit, ad ipsam solam salvis fideicommissis et ordinationibus in proprium suum commodum pertinebit.

72. Si controversia aliqua mota sit inter maritum et uxorem circa possessiones aut bona quæ uxori hoc statuto vindicantur, breviter [*summarily*] dirimi potest in Hibernia a Curia Cancellariæ et in Anglia eodem modo a Curia Cancellariæ, et insuper a judice Curiae comitatus qui jus dicit in locis ubi partes aut altera ex iis habitat, nulla habita ratione quanta sit summa de qua disputatur. Ab ejus judiciis et decretis in hoc, sicut in aliis negotiis, ad tribunal quod jurisdictione superiore potitur appellari potest.

73. In Anglia si uxor possessiones aut bona propria habet, cujus maritus ita inops est ut ea quæ ad vitam necessaria sint petere cogatur a curatoribus qui egentibus alendis constituti sunt, in aliqua paroecia, aut in paroeciis conjunctis [*poor law union*], eam magistratus qui jurisdictione in iis locis potiuntur in sessionibus minoribus congregati, re apud eos a curatoribus delata, adigere possunt ut ea quæ ad vitam victumque necessaria sunt, marito præstet. In Hibernia vero pretium omnium subsidiorum quæ ex legibus de sustentandis egentibus inopi marito dantur, ut mutuum ipsi uxori datum reputatur, et eodem modo ab ea recuperari potest, ac si hoc sit suum proprium debitum et ipsa innupta sit. Insuper uxor, deficiente marito, eodem modo libe-

ros alere tenetur, ac si vidua sit, ita tamen ut maritus prior hoc munus obire teneatur.

Præscripta hujus legis æquitati naturali omnino consona sunt, et conditio mulieris nuptæ, quod attinet ad possessiones et bona, quæ usque ad hoc tempus inæqualis et injusta erat, longe melior facta est.

Punctum Secundum.

*De dominio et juribus alienigenarum ex lege quæ nuperrime
[A. D. 1870] lata est.*

74. Quis civis indigena et quis alienigena habendus esset ex præscripto juris municip. ante legem latam de qua agimus, et quatenus alienigena possessiones et bona in nostra republica habere posset, et contractus circa hæc inire, tractantes de justitia n. 581 et seq. exposuimus. Nunc videndum est quatenus hæc præscripta immutata sint per 33 Vict., c. 14, *The Naturalization Act*, 1870, quod vim legis habet a die 12^o Maii, 1870.

75. Ex præscripto hujus legis status sive mobilis sive immobilis et bona cujuscumque generis, exceptis navibus Britannicis, acquiri et abalienari possunt ab alienigena eodem omnino modo ac si sit subditus indigena nostræ reipublicæ. Statum immobilem jure hereditario acquirere potest, et genus [*the descent*] per eum deduci potest eodem modo ac si sit subditus indigena. Nullum tamen aliud privilegium civitatis ei confertur; itaque nullum officium publicum tenere potest, neque suffragium ferre potest in iis diligendis qui personam populi gerunt in senatu inferiori, aut qui officiis municipalibus præponuntur. Hæc lex non respicit tempus præteritum sed solummodo futurum, et proinde non afficit possessiones aut bona ad quæ quis jus aut mediate aut immediate acquisivit ante hanc legem latam, sive status ad quem jus acquisivit est in possessione, sive in expectatione sive derivatur ex aliquo instrumento, sive provenit ex morte alicujus qui ante hanc legem latam decesserat. Nullum jus dat alienigenæ ad statum immobilem tenendum extra fines Britanniae et Hiberniae, quia in variis coloniis quæ imperio Britannico subjectæ sunt, ipse senatus colonicus potestate gaudet quemlibet aut omnino aut ex parte civitate donandi intra fines ipsius coloniae, cum debito tamen obsequio erga Reginam cujus jus et potestas est ut confirmet, aut ut sub certa tamen moderatione, vetet lege a senatu coloniae latas.

76. Ante hanc legem latam subditus indigena nunquam se liberare potuit debito fidelitatis erga nostram rempublicam, ut de justitia agentes n. 81, exposuimus. Nunc autem unusquisque

se omni debito fidelitatis erga rempublicam liberare potest. Cives nostræ reipublicæ, aut civitatem habent nativitate aut quia ea vel omnino vel ex parte donati sunt. Cives qui civitatem Britannicam nativitate habent, alterius quoque reipublicæ ex ejus legibus cives sunt aut non sunt. Sic quicumque ubivis in nostro imperio nascitur, civis nostræ reipublicæ reputatur, quanquam ejus parentes sunt cives indigenæ reipublicæ alterius. Is plerumque etiam numeratur inter cives istius reipublicæ cujus sunt parentes. Quicumque inter nostros cives numeratur quia in nostro imperio natus est, qui idem ex legibus alterius reipublicæ ejus civis reputatur, anno 21^o completo si adhuc alterius reipublicæ civis permaneat, declaratione libere facta apud aliquem magistratum in Britannia aut in Hibernia, aut in aliis imperii Britannici partibus apud aliquem judicem, magistratum, aut quemvis qui jusjurandum accipere potest, aut extra fines imperii apud aliquem ex iis qui munere aliquo legationis funguntur apud legatum Britannicum, aut aliquem cui ipse hanc potestatem concessit, aut apud aliquem ex procuratoribus mercaturæ Britannicæ (a) [qui hodie *consules* appellantur] se peregrinum esse, civis Britannicus esse desinet. Vice versa quivis qui natus est in regno extero, sed inter nostros cives numeratur quia pater ejus inter nostros cives numeratus est, eodem modo hanc civitatem exuere potest.

77. Quilibet civis Britannicus qui aut ante hanc legem latam, aut in posterum, libere se inter cives extraneæ reipublicæ ascribet, a tempore quo sic ascriptus est civis Britannicus esse desinet. Si vero sic ascriptus est *ante* hanc legem latam, et adhuc vult civis esse Britannicus, licebit ei intra biennium post legem latam profiteri secundum formulam ab uno ex quatuor secretariis regis præcipuis [*a secretary of state*] conficiendam, se velle civem Britannicum permanere, quo facto et jurejurando fidelitatis dato civis Britannicus esse et semper fuisse reputabitur; præterquam quum intra fines reipublicæ, cui civis ascriptus est demorabitur. Hanc professionem facere et jurejurandum dare potest apud easdem personas et eo modo quo supra n. 76 exposuimus.

78. Quum conventio inita fuerit inter reginam et exteram rempublicam, qua conveniet ut subditi indigenæ illius reipub-

(a) Ex præscripto hujus statuti: "Officer in the diplomatic service of Her Majesty, shall mean any Ambassador, Minister or Charge d'Affaires, or Secretary of Legation, or any person appointed by such Ambassador, &c., to execute any duties imposed by this Act on an officer in the diplomatic service of Her Majesty. Officer in the Consular service of Her Majesty, shall mean and include Consul-general, Consul, Vice-consul, and Consular Agent, and any person for the time being discharging the duties of any of the persons named."

licæ, qui in nostram civitatem ascripti sunt, se peregrinos esse profiteri possint, et indicio ex mandato concilii interioris principis dato, talem conventionem factam esse, civis illius reipublicæ declarare potest intra tempus in conventionem definitum apud eosdem et eodem modo quem supra exposuimus, se alienum esse, quo facto nostram civitatem amittet. Si qui ex hac lege peregrini fiunt, peregrini ex statuto [*statutable aliens*] dicuntur.

79. Alienigena, aut peregrinus ex statuto, qui intra fines Britannicæ aut Hibernicæ per quinquennium vel habitaverit, vel in ministerio principis fuerit, et propositum habet in posterum intra fines horum regnorum habitandi, libello dato ad aliquem ex secretariis regis primariis, ab eo civitate donari potest, quo facto, et literis ad hoc testificandum acceptis ad omnia omnino jura civilia et privilegia civis indigenæ admittetur, et omnibus oneribus et obligationibus civis indigenæ subjicietur. Ante datas literas quibus declaratur peregrinum in civitatem ascriptum esse necesse est ut jusjurandum fidelitatis det (a). Si forte evenerit ut per aliquod tempus habitet intra fines alii regni inter cujus cives antea ascriptus est, civis Britannicus non habebitur, nisi secundum leges illius regni, aut ex pacto inter illud et nostrum, illius regni cives esse desierit. Peregrinus ex statuto, qui in aliqua colonia Britannica per quinquennium habitaverit, a præfecto Colonice modo exposito in civitatem Britannicam ascribi poterit. Ex lege de qua agimus uxor habebitur civis illius regni, cujus civis est maritus ejus; sed mortuo marito si ante matrimonium civis erat Britannica, peregrina *ex statuto* habebitur, et modo exposito civitate donari poterit. Quandocumque pater qui in nostram civitatem ascriptus est fit peregrinus secundum hujus legis præscriptum, aut quum vidua eodem modo fit peregrina, omnes hujus patris aut matris liberi qui dum minores fuerint in regno extero inter cujus subditos ascriptus est pater aut mater habitaverint, qui secundum leges illius regni inter ejus cives numerati sunt, quanquam in nostra reipublicæ nati sunt, ut peregrini respicientur. Sed si pater, aut eo mortuo mater, inter cives nostros ascriptus fuerit, omnes eorum liberi quanquam in regno alio nati sunt, qui in territorio Britannico dum minores essent cum parentibus qui civitate donati sunt vixerint, inter cives Britannicos numerabuntur.

80. Hæc lex æquitati naturali omnino consentit. Jam de

(a) Jusjurandum concipiendum ab iis qui cives ascribuntur hoc est: "I, A. B., do swear that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Victoria, her heirs and successors, according to law. So help me, God."

justitia agentes n. 34 ostendimus præscriptum juris municip. quo civi indigenæ vinculum fidelitatis rumpere nunquam permissum est, quanquam ad exterarum regiones animo in patriam non revertendi migrasset, nullam obligationem in conscientia parere potuisse. Nunc autem unusquisque potest, si ita velit, hoc vinculum rumpere, dum ex altera parte peregrinus facile efficere potest ut in numerum civium nostrorum ascribatur. Quando quis ex hac lege se efficit peregrinum, necesse est ut non sit incapax actus requisitos legaliter faciendi. Incapaces sunt minores, lunatici, mente capti et mulieres matrimonio junctæ; neque potest quis ope hujus legis se liberare ab obligationibus quæ contraxerit antequam peregrinus factus est. Peregrini etiam plenum dominium possessionum tam mobilium quam immobilium, et bonorum cujuscumque generis acquirere possunt, exceptis navibus Britannicis, circa quas nullo dominio potiri possunt, et proinde de his omnibus contractus inire possunt, eodem modo ac si sint reipublicæ Britannicæ cives. Lege de qua agimus abrogatum est privilegium, quo alienigena reus alicujus criminis jure potitus est ut jurati *de medietate linguæ* deligerentur, id est ut sex ex iis essent cives et sex alienigenæ si tot in loco ubi causa cognosceretur inveniri possent.

§ 2. Quænam sit materia contractus.

81. Materia contractus sunt omnes possessiones et bona sive corporalia sive incorporalia, et omnes actus et opera quæ inter objecta domini hominum privatorum numerantur. Jam de justitia n. 207 et seq. objecta domini humani exposuimus. Non solum autem bona externa, sed et actus et opera, sunt objecta contractuum. Sed ut quis possit hæc objecta in contractum deducere, necesse est ut habeat 1. *harum rerum liberam administrationem*; 2. *ut res sit in se licita*; 3. *determinata aut saltem determinabilis*; 4. *propria aut contrahentis aut alterius cujus nomine agit, nisi quando lex municip. dominium rerum, domino non consentiente, ab uno in alterum propter bonum publicum transfert*; 5. *in commercio posita*; 6. *possibilis*.

82. Requiritur 1. *ut contrahens liberam habeat administrationem rerum quas in contractum deducit*. Equidem necesse est ut is *cujus nomine* aliquid in contractum deducitur, dominio aut rei, aut usus, aut commodi, potiatur; sed quoniam quis contrahere potest aut per se aut per alium, sufficit ut contrahens liberam habeat rei administrationem. Sic tutor bona pupilli, et uxor bona mariti, et minor bona aliena, in contractum deducere pos-

sunt, in quantum iis bona quæ administrant per contractus abalienare permittitur. Diximus contrahentem potiri debere jure rem administrandi; non sufficit enim plenum dominium si dominus facultate rem aut usum rei abalienandi aut commutandi non potiatur. Jure quidem naturali sufficit ex parte materiæ ut quis ejus dominium non impeditum habeat, sed ut jam vidimus quidam jure municipali potestate res suas administrandi privantur; et contractus de rebus quas abalienare prohibentur sunt aut irriti, aut irriti reddi possunt modo supra exposito. Quædam præterea sunt bona, quæ dominus ob bonum publicum a jure municip. abalienare prohibetur. Sic præfecti aut militum aut navis bellicæ stipendia sua aut plena aut dimidiata abalienare prohibentur, et idem fere dicendum est de iis qui muneri alicui fidei [*office of trust*] præponuntur. Sed tribunal quo bona eorum qui foro cesserunt administrantur, approbante aliquo ex Secretariis regis primariis, aut præfecto negotiorum publicorum in quibus obeundis ii qui foro cesserunt versantur [*the chief of the department*], partem stipendii ad eorum debita solvenda seponere potest. Officia publica plerumque vendi nequeunt. Insuper quanquam bona mobilia circa quæ quis non jure in re sed solummodo jure ad rem potitur [*chose in action*], ut jus ad debitum, ad sygraphum [*a bond*], nunc quotidie ab uno in alterum transferuntur, attamen ex præscripto stricto juris comm. talis contractus esset irritus, et etiam adhuc in tribunalibus juris comm., actionem qua hæc jura vindicantur, nomine primi possessoris, non autem ejus in quem jus translatum est intendi necesse est. Sed is in quem jus per contractum translatum est, sine ulla alia licentia actionem nomine primi possessoris intendere potest. In tribunalibus autem æquitatis sine his ambagibus jus ad hæc bona obtinenda, ab eo ad quem pertinet, proprio suo nomine vindicari potest.

83. Requiritur 2. ut res sit *licita*. Jure enim naturali nunquam potest quis obligari ne ad levissimum quidem peccatum committendum, ei ideo nunquam ex contractu obligari potest ad aliquid quod peccatum est, quia obligaretur ad duo contradictoria simul agenda. Huic doctrinæ omnino consentaneum est jus municip.; contractus enim ad aliquid agendum contra bonos mores aut contra præscriptum ipsius juris municip. est prorsus irritus; et si materia contractus jam confecti, antequam executioni mandatur, a jure municip. prohibeatur, contrahens ipso facto obligatione hanc rem præstandi liberatur. Si vero alter mercedem ad hanc rem illicitam præstandam acceperit, eam sine dubio restituere tenetur, sive ex jure cogi potest ad restitutionem, sive non potest. Quatenus autem contractus sub conditione turpi irritus

obliget in conscientia; et num pretium ex tali contractu acceptum impleta conditione turpi solvi debeat, infra dicetur ubi de contractibus conditionalibus agetur.

84. Requiritur 3. ut *sit determinata aut determinabilis*. In omni enim contractu voluntates contrahentium in idem placitum necessario convenire debent; ut infra de consensu ad contractum conficiendum requisito exponetur. Non possunt vero convenire in idem placitum nisi materia sit aut determinata, aut determinabilis; si enim Caio dicat Petrus, tibi dabo pro equo tuo summam, quam Julius jam mortuus determinabit, et Caius equum hac conditione vendat, manifestum est venditionem esse nullam, quia pretium modo humano nunquam determinari potest. Attamen neque jure naturali neque municipali requiritur ut materia sit determinata tempore quo initur contractus, sufficit enim ut aut nunc aut in tempore futuro determinari possit. Sic Petrus vendere potest Julio fructus sui pomarii nondum existentes; aut dare Caio statum in vitam suam, ita ut residuum pervenire debeat ad Paulum in vitam suam, et si Paulus mortuus fuerit antequam Caius, tunc ad Jacobum in vitam suam. Namque quanquam fructus sequentis anni sunt indeterminati, et prorsus incertum est utrum Paulus moriturus sit ante Caium necne, attamen uterque eventus tempore futuro certo determinabitur.

85. Requiritur 4. a jure naturali ut res sit *propria aut ipsius contrahentis aut alterius cujus nomine agit, nisi ubi ob bonum publicum a jure municipali aliter statutum est*. Ex jure vero naturali secluso casu extremæ necessitatis, de quo ubi de restitutione tractabimus, et necessitatis publicæ quem in tractatu de justitia, n. 175 exposuimus, nemo dominium rei, aut usus, aut commodi quod ipse non habet alteri dare potest. Hinc si quis bona fide equum emat a fure, seclulis præscriptis juris municip. ejus dominium non acquirit; quia hic contractus non privat dominum re sua, et proinde domino comparente emptor equum ei tradere tenetur. Hoc principium quod evidens esse videtur magni momenti est in materia justitiæ; quia exinde sequitur, ut si Caius a Julio exegisset pretium justo majus pro merce sua, quod solveret Julius ob propriam suam necessitatem, ille ad restitutionem teneatur, venderet enim Julio propriam hujus necessitatem. Ex præscriptis tamen juris municip., non semper requiritur ut res sit propria ut in contractum deducatur. In quibusdam enim casibus res publica dominium rerum, domino non consentiente, ab uno in alterum propter bonum publicum transfert, ut infra de venditione et emptione agentes exponemus. In hoc casu contractus ratus et firmus a jure efficitur, in quantum vi illius dominium rei ad emptorem transfertur, sed hujus dominus

pretium et compensationem damnorum ab eo qui rem suam injuste vendiderit exigere potest. In aliis casibus quum de venditione et emptione bonorum mobilium agitur, ex præscripto juris venditor, qui bona fide credit rem esse suam, plerumque non tenetur titulum ratum et validum dare, nisi hoc aut expresse, aut virtualiter, ejus actibus aut declarationibus, sponderit. Contractus quidem irritus est, et dominus rem suam ab emptore vindicare potest, sed emptor actionem venditori *propter defectum tituli* intendere non potest. Diximus propter defectum tituli, quia actio ob hanc causam intendi non potest, nisi venditor aut expresse aut tacite sponderit se titulum bonum et ratum daturum. Sed videtur emptorem actionem intendere posse *propter* pecuniam traditam venditori pro qua pretium [*the consideration*] promissum et debitum non acceperit. Hoc omnino exigit justitia naturalis, aliter enim præscriptum juris esset omnino injustum; in hoc casu effatum legale *caveat emptor* ultra justos limites omnino urgeretur. Sed quatenus venditor rerum sive mobilium sive immobilium titulum ratum et validum emptori præstare teneatur dicetur infra, ubi de venditione et emptione tractabimus.

86. Requiritur 5. ut sit *in commercio posita*. Per hanc conditionem significatur rem talem esse debere, ut ejus dominium aut usus ab uno in alterum per contractum transferri possit, ita saltem ut nulla inducatur obligatio violandi jus aut divinum aut humanum. Jam vero possunt homines privati in contractum deducere ea omnia bona et jura quorum dominium et liberam administrationem habent. Fere omnia quæ ad hanc materiam pertinent in tractatu de justitia exposuimus, ubi de dominio privato et publico tractavimus. Solummodo restat dicere quatenus res turpes aut sacræ in contractum deduci possint. De rebus turpibus infra tractabimus ubi de contractibus conditionatis agemus. De rebus vero spiritualibus, quoniam hæc materia potius ad simoniam pertinet, breviter dicimus rem spirituales aut nihil temporale annexum habere, aut rem temporalem ei annexam esse, quod triplici modo evenire potest: *antecedenter* si res temporalis existat antequam spirituali jungitur, ut ecclesia, calix; *concomitanter*, si sit ex propria sua vi, et necessario spirituali juncta, ut v. g. ipse labor missam celebrandi; *consequenter* si præsupponat spirituales, ut fructus beneficii ecclesiastici, qui beneficiario propter ministerium spirituale conceduntur. Jam vero res spirituales quæ rem temporalem annexam non habent, possunt esse materia contractus aut gratuiti, aut onerosi; quis enim ullius culpæ incusaret fideles qui pacta de precibus inter se fundendis inirent, nisi tamen in aliqua materia in qua commutationes fieri prohibentur ab ecclesia? Esset autem simonia rem

spiritualem pro re temporali commutare. Similiter res temporalis, ut calix, quæ antecederet annectitur, potest esse materia contractus onerosi, sed pretium propter rem spiritualem annexam augeri non potest. Si res temporalis annexa sit intrinsecus rei spirituali, non potest esse materia contractus onerosi; sed pacisci licet de justo stipendio secundum taxationem aut consuetudinem, quia stipendium non datur ut pretium Missæ, sed ut honorarium ex justitia propter sustentationem sacerdotis debitum; et ideo licite in pactum deduci potest. Præterea sæpe incidit in his casibus labor quidam ipsi rei extraneus, ut quando locus ubi missa celebranda est, a domo sacerdotis haud paulum abest, qui potest esse materia contractus onerosi. Res temporalis quæ annexa est consequenter rei spirituali, ut jus ad fructus beneficii, non potest, saltem ex jure ecclesiastico, esse materia contractus onerosi. Itaque collator beneficii qui illud venderet, aut pactum de lucro ex fructibus percipiendo iniret, invalide et simoniace ageret, saltem quum summus Pontifex hoc non permississet. Bona autem quæ ex præscripto juris municipalis sub dominio ipsius communis constituantur, materia contractus inter cives esse non possunt, quamdiu in usus communes destinantur. Sed de his rebus de justitia agentes n. 498 et seq. satis diximus.

87. Requiritur 6. ut materia sit *possibilis*. Si enim materia contractus sit physice impossibilis, ut si Caius cum Julio paciscatur se Romam iturum intra spatium unius horæ, manifestum est hunc contractum esse irritum et invalidum, et Caium aut insanum esse aut solummodo voluisse joculari. Sed si res sit *in se* possibilis, ut si Caius v. g. se obliget Julio absolute et legaliter ad eam præstandam, si hanc nullo modo præstare possit excusabitur sane a re ipsa præstanda ut patet, sed Julius ex præscripto juris municip. ei actionem intendere potest, qua damna propter violationem contractus obtinebit; quia negligentia et culpæ ipsius Caii tribuendum est, quod se ad rem impossibilem faciendam absolute obligaverit. Sic si Caius agros vendiderit Julio, et postea inveniatur se titulum validum ad hos agros præstare non posse; hoc non obstante Julius Caio actionem intendere potest propter violationem contractus, qua compensationem obtinebit, quia Caius suam obligationem non impleverit. Accipe alium casum; Julius pactus est cum Caio se feoffamentum (a), quorundam agrorum Sylvestro daturum; Sylvester feoffamentum accipere recusavit; attamen Julius obligatione contractum implendi liberatus non est et Caio licuit ei actionem ad damnorum reparationem obtinendam propter violationem contractus intendere. Videtur insuper si Sylvester post contractum et ante collationem

(a) Cf. de Justitia n. 326 ubi quid significetur per feoffamentum exponitur.

feoffamenti mortuus esset, nihilominus Julium ab obligatione feoffamentum conferendi non fore liberatum, et Caius etiam in hoc casu actionem ei intendere posset ad compensationem propter violationem contractus obtinendam. Si vero per ipsum Caium staret quominus feoffamentum Sylvestro non daretur, Julius ab obligatione liber esset. Si vero Julius non teneretur absolute feoffamentum Sylvestro dare, sed aut hoc facere aut multam aliquam v. g. solvere, ab obligatione liberaretur, non solum si per ipsum Caium staret quominus feoffamentum collatum non esset, sed insuper si ob actum Dei, v. g. ob mortem Sylvestri contractus impleri non posset.

88. Generalis regula est, quod *cum eo qui fregit fidem servare fidem non tenemur*. Itaque si Caius vendat equum Julio præsentī pecunia, liber est ab obligatione tradendi equum nisi Julius pretium solvat, et Julius vicissim pretium solvere non tenetur nisi equus ei tradatur, et is qui paratus est suam obligationem implere, alterum cogere potest contractui stare, aut damna quæ ex violatione contractus evenerint reparare.

§ 3. *Quænam forma necessario servanda sit in contractibus conficiendis.*

89. Formam debitam in conficiendo contractu servari necesse est. In contractibus realibus unilateralibus jure naturali solummodo requiritur ut res libere tradatur ab una parte et acceptetur ab altera; et in bilateralibus ut res mutuo tradantur et acceptentur. In contractibus vero consensualibus unilateralibus solummodo requiritur ut unus libere se obliget alteri a quo promissio acceptatur; in bilateralibus ut utraque pars se alteri obliget. Jure vero municip. variæ formæ in contractibus ineundis servandæ sunt, quibus non servatis contractus non raro irritus est, aut rescindibilis ad arbitrium unius ex contrahentibus; quandoque vero non est irritus, aut rescindibilis, sed instrumentum quo stabilitur in judicio proferre non permittitur donec multa ex legis violatione commissa soluta fuerit. Varietas solemnitatum quæ ex jure in diversis contractibus servandæ sunt, pendet 1. ex materia contractus; alia enim forma sæpe servanda est in contractibus qui respiciunt res immobiles, alia in iis qui respiciunt res mobiles; et etiam circa ipsas res mobiles solennitates non raro variant prout status qui in contractum deducitur est immobilis aut mobilis. Pendet 2. ex natura contractus; alia enim forma requiritur in contractibus gratuitis, alia in onerosis; alia in realibus, alia in consensuali-

bus. Pendet 3. ex natura instrumenti quod ex præscripto juris ad contractum firmandum exigitur; alia enim solennitas requiritur in factis, alia in testamentis. De factis aliisque contractibus specialiter munitis jam egimus; de solennitatibus quæ in variis generibus simplicium contractuum ex præscriptis juris municip. servandæ sunt infra agetur ubi de contractibus in specie disputabimus.

§ 4. *Quinam consensus ad contractum rite ineundum requiratur?*

90. *Consensus debet esse internus, externus, mutuus, in idem placitum, ex intentione actuali aut virtuali contractum eodem tempore ineundi, et liber.*

Punctum primum.

An in contractu ineundo consensus internus requiratur?

91. Requiri consensum internum ad contractum ratum et validum negari non potest, quia ad validitatem contractus omnes auctores exigunt consensum. Consensus vero utpote actus mentis, essentialiter est actus internus. Disputatur autem an sufficiat ad validitatem contractus serio proferre verba, quibus intentio contrahendi exprimitur, quamvis is qui ea profert contrahere nolit, sed solummodo vult aliam partem decipere. In hoc enim casu habetur consensus internus, nempe verba contractus serio proferendi, animo tamen non contrahendi, sed alium decipiendi. Quæstio ergo est super quod objectum cadere debeat consensus internus, an super sola verba quibus natura contractus exprimitur, an insuper requiratur ut ipsam materiam contractus complectatur; ita ut contrahens vere velit contractum de quo agitur conficere. Si qui affirmant consensum *externum* quem dicunt sufficere, excipiunt matrimonium, quia neque respublica neque ecclesia ad cujus forum hic contractus pertinet potestatem habet transferendi dominium corporis in ordine ad actus matrimoniales (a). Talis potestas soli Deo competit. Quando vero agitur de rebus externis quæ in humano commercio positæ sunt, quasque respublica ab uno in alterum vi domini alii ob bonum commune transferre potest, non eadem est difficultas. Sed triplici modo respici potest hæc quæstio, 1. an consensus fictus sufficiat ad contractum validum efficiendum; 2. si non sufficiat, an respublica consensum internum supplere possit, ita ut contractus validus efficiatur; 3. si hoc efficere nequeat respub-

(a) Cf. Sanchez. de Matrimonio, lib. 2. disp. 27.

lica, an eundem effectum tribuere possit et revera tribuat contractui invalido ex consensu ficto, ac si verus consensus internus datus esset. Manifestum est 1. consensum fictum non sufficere ad contractum validum efficiendum; si enim hoc verum esset nullum discrimen esset in contractibus inter consensum verum et fictum, et ideo consensus fictus sufficeret etiam in matrimonio contrahendo, quod teste Sanchez (a) est contra fidem. 2. Non potest respublica consensum internum supplere, quia quum consensus internus sit actus vitalis intellectus, nullo modo sine actu ipsius intellectus effici potest; 3. Quod vero attinet ad translationem dominii bonorum externorum, potest respublica dominium ab uno in alterum transferre ab bonum commune. In contractibus præsertim onerosis sane non excederet reipublicæ potestatem dominium v.g. equi quem Caius ex consensu ficto vendidit Julio, ad Julium qui pretium justum solverit transferre. Bonum tamen publicum non *requirit* hoc exercitium dominii alti; sufficit enim, ut qui fictum dederit consensum 1. teneatur in conscientia ante omnem sententiam damna quæ ex ejus fictione secuta sint reparare; 2. ut contractus in foro externo pro valido habeatur; et 3. ut deceptor post sententiam ipsi contractui stare teneatur. Ex primo principio is qui deceptus est ab omni damno tutus servatur, et proinde si damnum aliter reparare nequit deceptor, verum consensum præstare tenetur si possit, contractumque validum efficere. Ex secundo principio bono publico et securitati dominii quod magna ex parte in commutationibus fundatur, sufficienter consulitur. Nemo enim tenetur credere alteri asserenti se verum consensum non præstitisse, et ideo a tribunalibus justissime cogeretur contractum implere eodem modo ac si internum consensum dedisset. Ex tertio principio duo priora vindicantur et conservantur. Sententia enim qua deceptor contractui stare jubetur justa est, cui itaque omnino obsequi tenetur. Si ergo Caius ex sententia tribunalis ecclesiastici condemnatus sit ut in matrimonio vivat cum Julia quacum nonnisi fiete matrimonium contraxit, verum consensum internum præstare tenetur. Si vero materia contractus sit res quæ dominio reipublicæ subicitur, potest respublica eam sine consensu ejus qui fiete consenserit in alterum contrahentem conferre. Dominium rerum in nostra republica quandoque ab uno ad alterum transfertur, vi dominii alti prout infra ubi de venditione et emptione agemus, dicitur. Ubi vero invaliditas contractus oritur ex fictione alterius contrahentis, non magni interest ad communis vitæ institutionem, utrum respublica domi-

(a) De Mat. lib. 2. d. 25. n. 1.

nium transferat a deceptore in deceptum necne; quia is qui deceptus est tum materiam contractus tum damnorum compensationem in judicio juste vindicare potest, et deceptor in conscientia sententiæ acquiescere tenetur.

92. Quoniam dominium rerum per ipsum contractum invalidum non transfertur, monent plures theologi (a) deceptum in contractibus qui executioni mandantur habendum esse ratione rei acceptæ tanquam possessorem bonæ fidei; deceptorem vero velut possessorem malæ fidei. Priorem partem hujus decisionis admittere non possumus; possessor enim bonæ fidei, cognita veritate, rem domino restituere tenetur. Negamus vero omnino deceptum teneri, ne tum quidem quum cognoverit deceptorem nonnisi fidei consensisse, rem restituere; apud nos enim lex municipalis justa rem possessori vindicabit et proinde jure tum naturali tum municip. eam juste retinere potest. Et revera secluso omni præscripto juris humani, justum videtur possessorem hanc rem retinere posse, non solum quia non tenetur fidem præstare ei qui asserit se tantummodo fidei consensisse; sed insuper quia etiamsi fictionem cognoverit, rem, non quidem vi contractus, sed propter dolum et deceptionem alterius contrahentis retinere potest. Alia vero pars decisionis principiis theologicis consona non est. Equidem is qui deceptus est dominium non habet rei quam ex contractu invalido accepit, attamen habet id quod habere debet, et deceptor nullius injustitiæ *effective* reus est. Solummodo tenetur is qui fidei consensit verum consensum internum dare, et hoc omnino tenetur præstare nisi ob causam rarissimam excusatur; quando vero agitur de matrimonio consentire tenetur quia sine vero consensu existere non potest. In aliis vero contractibus quamquam deceptor idem facere tenetur, hoc tamen, ut diximus ad institutionem vitæ communis parum spectat. Namque si verum sit id quod docet S. Alphonsus (b) nempe; “in aliquo contractu oneroso quando alter contrahentium jam partem suam præstiterit; tunc etiam teneris tu implere tuam, etiamsi fidei promiseris;” manifestum est eum qui deceptus est, etiam fictione cognita, posse rem acceptam retinere, quo facto, nullam injuriam patitur, habet enim id omne quod habere debet. Pars autem quæ fidei consensit tenetur tantummodo verum dare consensum internum, unde justus possessor statim dominium rei accipit. Ex præscriptis vero juris municip. in contractibus sive bilateralibus sive unilateralibus, videtur dominium vere transferri vi dominii alti, quando hoc necessarium est ad contractum qui legaliter executioni mandatus est, ratum firmumque efficiendum.

(a) Cf. Carriere de Contractibus, n. 23. 4°. Gury n. 174.

(b) De Contractibus, n. 709.

93. Quando vero agitur de contractibus bilateralibus qui ex utraque parte executioni mandandi sunt, tunc si ex utraque parte sit verus consensus, utraque pars statim alteri ad contractum implendum obligatur. Si ex utraque parte consensus sit fictus nulla existit ex alterutra parte obligatio; si vero verus consensus datus sit ex una parte, disputatur an contractus ratus et validus conficiatur, aut an deceptor saltem verum consensum *ex justitia ratione fictionis* dare teneatur. Sic convenit inter Caium et Julium ut equos commutent post mensem. Si consensus verus ex utraque parte datus est, utraque pars contractum ex justitia adimplere tenetur, et Caius statim jus ad rem habet ut equus Julii ei post mensem tradatur, et versa vice. Si consensus sit fictus ex utraque parte nulla exsurgit obligatio, quicquid quidam pauci in contrarium dixerunt, et veritate cognita neutra pars ex contractu obligatur. Si vero Caius verum dederit consensum Julius fictum, tunc quaestio est quatenus Julius stare huic contractui ex justitia obligetur. Fictio hæc pluribus modis fieri potuit: 1. Si Julius nonnisi fecte contrahere voluit; 2. si voluit quidem contrahere, sed non se obligare; 3. si voluit contrahere et se obligare, sed contractum non adimplere. De primo casu revera nullum est dubium; quanquam enim, excepto contractu matrimoniali, sine nota defendi possit verum contractum hoc modo confici; "attamen contraria sententia negans contractum ex consensu ficto initum esse validum, supponitur ut communis et certa ab omnibus fere doctoribus" (a). Hanc doctrinam jam n. 91. probavimus.

94. Alia vero questio est an teneatur Julius propter fictionem verum consensum *ex justitia* dare; nam certum est ad hoc teneri ex virtute fidelitatis. Sed si nullum damnum passus est Caius, non teneretur Julius sub gravi peccato verum consensum dare, si obligatio ex sola virtute fidelitatis proveniret. Certum iusuper est Julium teneri omnia damna quæ propter deceptionem passus est Caius reparare. Si enim Julius v. g. equum suum fecte vendiderit Caio, et propterea Caius alium equum idoneum non emit, ob quam causam damna passus est, hæc damna reparare tenetur Julius; quia quanquam nullo modo equum suum Caio vendere tenebatur, Caius tamen jus strictum habuit ut ejus dolo vel fraude, ab equo idoneo emendo ne impediretur, et Julius fraudis injustæ reus erat, quando equum suum fecte vendendo effecit ut Caius alium equum non emeret. Itaque quando damnum hoc modo injuste illatum aliter reparare non potest, nisi contractum ipsum

(a) Lugo disp. 22. n. 44.

exsecutioni mandando, utique ad hoc faciendum tenetur. Hoc autem non inde oritur quia contractus ratus validusque esset, sed quia deceptor damnum injuste illatum reparare tenetur. Si vero Caius equum non solum emerit sed et pretium solverit, quæritur an Julius non solum teneatur ex justitia damna reparare, sed et ipsum equum Caio tradere. Utique equum tradere tenetur, quia quanquam contractus irritus est ex defectu consensus, attamen Julius ex justitia verum consensum dare tenetur, quo facto contractus ratus et validus efficitur, et ipse equus Caio debetur. Quia quando Julius fecte consensit, vel animum habuit contractum irritum conficiendi ita ut neque equum traderet neque pretium acciperet; vel animum habuit equum retinendi simul et pretium accipiendi. In priore casu *directe* reus erat mendacii et fraudis, non autem injustitiæ nisi *indirecte*, in quantum damna secutura esse ex suo mendacio et fraude præviderit aut saltem prævidisset si debitam diligentiam adhibuisset. In posteriore vero casu *directe* reus erat injustitiæ *affective* quia voluit pretium accipere, et rem venditam retinere. Pretio autem accepto reus est injustitiæ *effective*, et ex jure tum naturali tum etiam municipali, equum Caio tradere obligatur, quia in contractibus bilateralibus quum unus contrahentium rem ex contractu debitam præstiterit, alter suam partem præstare tenetur.

95. In contractibus unilateralibus donator aut commodator, qui donum aut commodatum fecte tradiderit, *jure naturali* non tenetur ex justitia verum consensum præstare, et proinde si donum aut commodatum clam abstulerit, reus non est injustitiæ, neque restituere tenetur, sed damna quæ ex sua fraude secutura prævidit aut prævidere debuit, si debitam adhibuisset diligentiam, compensare tenetur. Ex præscripto vero juris nostri municip. res mobilis in modum donationis tradita a donatore revocari potest, donec donatarius sive dictis sive factis ejus acceptationem significet; post acceptationem vero donatarius rem legitime possidet hancque retinere potest, quæcumque fuerit intentio donatoris. Post acceptationem igitur non potest is qui rem fecte donaverit sine injustitia ad compensationem occultam recurrere. Ex jure naturali donatio rata et valida solis verbis fieri potest, sed ex jure municip. aut rei traditione aut facto [*by deed*] necessario perfici debet. Quando donatio fit per factum, non exigitur aut traditio aut acceptatio, sed res fit donatarii quum factum perfectum est. Non potest itaque donator hanc rem aut publice aut secreto sibi vindicare sine injustitia; neque ejus dominium recuperare potest nisi donatarius ei renunciaverit. Promissio gratuita ficta jure naturali directe non obligat ex justitia, et promissor solummodo tenetur damna reparare quæ ex deceptione secutura aut prævide-

rit aut prævidere debuerit, modo supra exposito, et in jure municip. talis promissio nullam obligationem legalem parit.

96. Secunda quæstio est an is qui intentionem habeat contrahendi sed non se obligandi valide contrahat? Primo certum est non requiri ut quis habeat intentionem explicitam se obligandi. Sufficit enim ut dum contrahit, habeat intentionem implicite et virtualiter se obligandi. Tunc enim dum contrahit modo consueto, revera vult se obligare, quanquam tempore contractus de obligatione non cogitaverit. Certum est 2. eum qui intentionem neque implicitam neque explicitam se obligandi habeat, nullam obligationem contrahere, et proinde contractum irritum et nullum esse. Sic si Caius anno septimo completo contrahit sponsalia cum Bertha invincibiliter ignorans ullam obligationem ex hoc contractu oriri, contractus irritus et nullus est; nisi tamen Caius habuerit sufficientem usum rationis ad cognoscendam naturam obligationis, (aliter enim jure naturæ contrahendi incapax est), et voluerit verum contractum inire eo modo quo similis contractus ab aliis iniri solet; tunc enim implicite et virtualiter se obligare intendit (a).

97. Quæstio autem manet utrum is qui cognoscit contractus naturam et obligationem, habetque animum promittendi, sed cum voluntate expressa se non obligandi, maneat obligatus? Tres sunt sententiæ: prima quam tenent plures quos proferunt Sanchez (b) et Salmanticenses (c), affirmat; quia effectus qui necessario oritur ex contractu, non potest impediri ne oriatur. Itaque sicut si quis manum porrigat in ignem, voluntate sua efficere nequit ut non comburatur; ita posita promissione non potest impediri obligatio quæ ex promissione necessario oriatur. Sed hæc ratio sicut et aliæ quæ in gratiam hujus opinionis afferuntur quæstionem supponunt. Obligatio enim necessario oritur ex contractu *valido*, non autem ex contractu *invalido*; quæstio autem est an contractus in quo quis vult promittere, non autem se obligare, sit validus necne? Itaque si qua ratio supponit ejus validitatem ea manifesto supponit quæstionem de qua disputatur. Secunda sententia quam tenent Salmanticenses (d) Sanchez (e). S. Alph. (f) alique plures negat; quia conditio appositæ contraria substantiæ contractus eum facit irritum, licet adsit intentio contrahendi. Ita expresse dicitur in jure canonico (g), conditionem appositam substantiæ mat. ipsum annullare, licet adsit

(a) Cf. Sanchez de Matrimonio lib. 1. disp. 9. n. 2.

(b) Loc. cit. n. 4.

(c) De Mat. cap. 1. n. 20.

(d) Loc. cit. n. 28.

(e) Loc. cit. n. 5.

(f) L. 3. tr. 5. n. 710.

(g) In cap. finali de cond. appos.

intentio contrahendi, ut si quis vellet matrimonium contrahere, sed expresse nollet se obligare nisi ad tempus, quamvis cognosceret hunc contractum esse indissolubilem. Tertia sententia quam tenent Lugo (a) Croix (b) et alii sic distinguit; vel voluntas contrahendi est magis efficax quam voluntas se non obligandi vel vice versa; in priore casu valet contractus; quia qui hoc modo contrahit, virtualem et implicitam habet voluntatem se obligandi, quoniam vult potius obligari quam non contrahere. Exempla profert Lugo sacerdotis heretici qui ex errore putat sacrificium non offerri in missa, qui hoc non obstante offert sacrificium si consecrare velit; et promittentis qui ex errore putat obligationem ex promissione et contractu non oriri, et ideo non vult se obligare; qui tamen de facto obligatur, si voluntas promittendi et contrahendi sit magis absoluta et efficax quam voluntas se non obligandi. Hæc quidem vera sunt, sed ad præsentem controversiam non faciunt; quia jam diximus quando quis absolute vult contrahere, et non vult se obligare, quod ex errore putat stare posse contractum sine obligatione, contractum esse validum obligationemque induci; quia voluntas se non obligandi est implicate conditionata, scilicet nolo me obligare si sine obligatione contractum validum inire possum. Sed quoniam hoc modo contractum validum inire potest, contrahens virtualiter absolute se obligare vult. Sic hereticus qui ex errore putat matrimonium causa adulterii dissolvi posse, hoc non obstante valide contrahit, nisi potestas dissolvendi matrimonium hac ratione in pactum deducatur, aut nisi expresse velit contractum indissolubilem non inire. Ratio autem est quia non obstante errore privato voluntatem habet prædominantem matrimonium celebrandi secundum ordinationem Domini nostri, et ideo implicate vult contractum indissolubilem inire. Hoc autem modo contrahere non potest is qui perspectam habet naturam contractus. Catholicus enim qui cognoscit matrimonium ex ordinatione Christi esse indissolubile, non potest hunc contractum inire putans ex errore posse dissolvi causa adulterii; sed vel contrahit modo ordinario et tunc aut explicitè aut implicate vult se obligare ad individuum vitæ societatem, aut expresse non vult se obligare ad individuum vitæ societatem, et tunc matrimonium est invalidum; quia voluntas contrahendi matrimonium ex parte ejus qui cognoscit hoc inducere obligationem vinculi indissolubilis, cum voluntate talem obligationem non suscipiendi stare non potest, et proinde contractus est invalidus. Idem dicendum est de aliis contractibus. Qui enim vult contrahere et promittere, cognoscens obligationem ex

(a) Disp. 22. n. 39.

(b) Lib. 3. pars. 2. n. 610.

contractu et promissione valida necessario oriri, et eodem tempore expresse non vult se obligare, non habet veram intentionem contrahendi sed fictam, quia solummodo vult promittere et contrahere conditionaliter, nempe ea conditione ut ne obligetur. Sed talis conditio manifesto repugnat contractui eumque reddit irritum et nullum.

98. Insuper ad contractum constituendum secundum communem hominum existimationem, et qualis in omni jure sive naturali sive divino sive humano communiter accipitur, necessarium est ut obligatio sit gravis in materia gravi. Imprimis hoc omnino certum est de contractu matrimonii. Idem autem dicendum est de aliis contractibus, ad quos perficiendos requiritur rei traditio, ita ut ejus dominium aut absolute ab uno in alterum transferri debeat, aut saltem ut res ante certum tempus repeti nequeat. Tales sunt contractus donationis, mutui, commodati, pignoris, hypothecæ. Evidens est in donatione, donatorem rem magni pretii a donatario repetere non posse sine gravi peccato. Per donationem enim dominium in donatarium translatum est. Sed nemo potest rem magni pretii a domino suo, ipso nolente, auferre sine gravi peccato. Si vero vi pacti hoc facere potest donator, dominium rei in donatarium vere non transtulit, sed solummodo ei quendam usum ad nutum revocabilem concessit. In mutuo quando materia hoc exigit, obligatio gravis est ex parte mutuantis, ut pecuniam ante tempus de quo conventum est ne repetat; ex parte mutuatarii ut debitum tempore statuto solvat; et idem dicendum est de aliis contractibus supra memoratis. Sic in commodato quando materia est gravis commodatarius tenetur sub gravi rem debito tempore reddere, et commodator eam ante tempus statutum non exigere; si autem conventum sit ut ne teneatur sub gravi rem ante tempus statutum non repetere, non erit commodatum simpliciter, sed potius precarium, in quo obligatio non existit ex parte domini rei, sed solummodo ex parte possessoris qui tenetur rem reddere quandocumque dominus eam exegerit. Idem omnino dicendum est de contractibus, bilateralibus in quibus res non traduntur, sed tantum obligatio res postea tradendi contrahitur. Sic si Caius paciscitur cum Julio equum suum ei viginti libris vendere, et Julius consentit arrhamque Caio tradit, ita tamen ut neuter contractum sub gravi implere teneatur; non erit contractus venditionis et emtionis simpliciter, sed alius quidam innominatus qui in jure non agnoscetur. Hinc recte docent Lugo (a), et Croix (b) contra Sanchez (c) sponsalia inita inter partes qui se ad mat. contrahendam nonnisi sub veniali obliga-

(a) Disp. 22. n. 41. (b) Lib. 3. pars. 2. n. 611. (c) De Mat. l. i. disp. 9. n. 61.

rent non fore vera sponsalia, sed alium contractum quo partes sub levi contrahere tenerentur.

Ad tertiam quæstionem supra positam respondendum est, ad validitatem contractus non requiri intentionem implendi. Qui enim contrahit matrimonium habens concubinam, quacum intendit adulterium committere etiam post matrimonium initum, non invalide contrahit; fides enim conjugalis est de essentia matrimonii, quod attinet ad *obligationem*, non autem quod ad *executionem*. Eodem modo si Caius equum suum vendat Julio viginti aureis, et intendit pecunia accepta fugere equumque secum auferre, contractus est validus, quia eum modo ordinario init, quamvis suam partem adimplere non vult.

Jam diximus Caium qui verum dedit consensum minime teneri credere Julio qui asserit se solummodo fecte consensisse; is enim qui fecte contraheretur, mendaciis et fraude ratum et validum contractum frustrari non dubitaret. Potest igitur Caius, etiamsi affirmet Julius se tantum fecte consensisse, executionem contractus exigere, et si hac ratione excusare se apud judicem auderet Julius, statim justissimè cogeretur et contractum implere et omnia damna quæ passus est Caius resarcire. Et hæc sententia minime in præsumpto consensu Julii sed in justitia naturali nititur.

Punctum secundum.—Consensus debet esse externus.

99. 2. Consensus debet aliquo signo externo manifestari. Non hic loquimur de promissione Deo vel sanctis facta; certum est enim quempiam posse iis se obligare per actus mere internos, v. g. vovendo solo actu interno se aliquid in honorem Dei aut sanctorum pauperibus largiturum. Quæstio autem quam tractamus respicit necessitatem consensus externi, quando agitur de contractibus quibus obligationes ex justitia contrahuntur, aut dominium rerum ab uno in alterum transfertur. Parum ad usum pertinet hæc quæstio, quia consensus mere internus cognosci non potest nisi ex confessione ipsius consentientis, aut ex divina revelatione; et in jure municip. nulla obligatio ex consensu mere interno oriri agnoscitur. Sed communis et vera opinio docet consensum externum spectato solo jure naturali necessarium esse *ex parte ejus qui vult se alteri homini ex justitia obligare, aut rem suam, aut aliquem usum aut commodum in alterum transferre*. Probatur ex iis quæ in tractatu de justitia n. 177, et seq. de origine domini et appropriatione rerum tradidimus. Ibi

vidimus bona externa appropriari non posse nisi per actus externos quibus quis ea sibi in proprium suum commodum adnectat. Quando quis aliquam rem suam facit, jus suum circa hanc rem in alterum transferre potest. Sed sicut is ipse hanc rem per actum mere internum suam facere non potest, ita sane non potest jus suum in alterum sine actu sensibili transferre. Nexus enim inter nos et res nostras externas necessario in aliquo titulo sensibili fundari debet; si enim res sunt nullius, eas appropriare non possumus nisi apprehendendo, occupando, &c.; si vero jam dominum habent, nostræ res fieri nequeunt, nisi dominus suam voluntatem eas ad nos transferendi manifestat, aut nisi ex præscripto alicujus legis nobis tribuuntur. Neque huic doctrinæ adversatur quod quandoque possumus dominium rei acquirere ex præsumpta voluntate domini, etsi nullo signo sensibili voluntatem suam expresserit; quia in hoc casu res, quod attinet ad eum a quo acquiritur, respicitur ut in nullius bonis, et proinde acquiritur per occupationem sensibilem, aut per possessionem continuatam qua is rem illam ex præsumpto consensu domini sibi vindicat. Quando vero dominium ab ipso priore domino transfertur; requiritur actus sensibilis quo hanc voluntatem manifestat. Debet itaque is qui vult se obligare, aut dominium rei suæ in alterum transferre, habere intentionem manifestandi voluntatem internam per signa externa; si enim involuntarie et præter intentionem, voluntatem internam exprimeret, actio non esset humana neque eum obligaret. Intimatio autem fieri potest aut verbis, aut per nuncium, aut per literas. Non autem sufficeret si Caius intentionem suam se obligandi Julio, aut aliquam rem ei donandi, aut alium contractum cum eo ineundi, coram pluribus manifestaret, nullo ex iis ejus nuncio ad Julium constituto; quia hoc modo solummodo suam intentionem contrahendi manifestaret, sed nulli alteri facultatem concederet declarandi suo nomine se revera ex sua parte contraxisse. Aliter vero esset si ideo suam intentionem coram omnibus manifestaret Caius, ut quivis ex iis Julio significaret se pro suâ parte obligationem suscepisse, aut rem donasse, aut contractum alium inisse.

Diximus necesse esse ut consensus internus exterius manifestetur ab eo qui vult se ex justitia alteri obligare, aut dominium rei suæ in alterum conferre. Itaque quando obligationes ex utraque parte suscipiuntur in contractibus bilateralibus, aut dominium rerum ex utraque parte transfertur, necesse est ut consensus ab utraque parte exterius manifestetur. Quatenus autem in contractibus unilateralibus, sive obligatio ex utraque parte sive ex una tantum contrahitur, requiratur ut consensum exterius manifestet is qui totum commodum ex contractu prove-

niens accipit, ut promissarius, commodatarius, donatarius, infra exponetur.

Punctum tertium.—Utrum consensus debeat esse mutuus?

100. 3. Quæstio hæc præcipue versatur circa contractus unilaterales; quia quando agitur de contractibus bilateralibus quum aut obligatio ex utraque parte in commodum alterius suscipitur, aut dominium rerum ex utraque parte transfertur, manifestum est consensum debere esse mutuum; quoniam nisi quando lege fiat nemo dominio rerum suarum sine proprio suo consensu privari potest. In hac materia quæstio esse nequit de jure nostro municip.: quia promissio etiam acceptata, si nullo pretio accepto facta sit, nullam obligationem legalem parit; et donum etiamsi traditum sit, nisi per factum muniatur, ante acceptationem revocari potest. Sed disputatur utrum acceptatio necessaria sit ex ipso jure naturæ ad promissionem, donationem, commodatum, &c., firmum et irrevocabile efficiendum. Revera videtur acceptationem etiam jure naturali esse necessariam; quia quando Caius se obligat Julio ex justitia ut aliquam rem ei donet, Julius sane dominium novum hujus rei sine proprio suo consensu non accipit; licet enim unicuique integrum sit, nisi lex aliqua positiva obstet, dominium rerum suarum sola voluntate abjicere, nemo tamen rei dominium sine actu propriæ voluntatis acquirere potest. Attamen sicut respublica quasdam personas, ut minores, restringit in administratione rerum suarum, et jus gentium dominium rerum externarum adnectit infanti sine ullo actu propriæ suæ voluntatis; ita etiam ob bonum commune facultatem concedit curatoribus et aliis contractus nomine infantium ineundi, et dona propter eorum commodum accipiendi. Insuper quando Caius aliquam rem per factum donat Julio, hic accipit dominium hujus rei etiam antequam cognoscit rem donatam esse; et quanquam res tradita non sit, neque Julius donum accipere consenserit, attamen Caius donum retractare non potest; et donatio erit et valida et rata donec Julius positive eam accipere recuserit.

101. Dubitatur adhuc an jure solo naturali spectato acceptatio debeat esse sensibilis et externa. Distinguendum est inter contractus unilaterales gratuitos, et bilaterales. In prioribus præsertim respiciuntur promissiones gratuitæ et donationes. In iis contendit De Lugo consensum mere internum sufficere. “Si enim,” ait (a), “habeas commodatum librum Petri; et ipse scribat tibi librum donans, accepta epistola, sine alio actu ex-

(a) De Just. Disp. 23. n. 64.

terno," dominium accipis libri, potesque de eo statim disponere. Alii (a) exigunt consensum externum ex parte accipientis. Quanquam autem hæc quæstio, fortasse magna ex parte est de vocibus, revera tamen requiritur ut acceptatio sit sensibilis et aut expresse significata aut ut ex modo quo agit accipiens legitime deducatur. Et hoc admittere videtur ipse Lugo; ait enim (b): "Apprehensionem illam moralem quæ fit per promissionem mihi intimatam sufficere, posita voluntata interna acceptandi; quia hæc intentio sufficienter fit sensibilis, et præsumitur semper in gratuitis, quoties contrarium non significatur." Huic doctrinæ assentimur quodcumque ex usu et consuetudine, habitatione circumstantiarum, silentium accipientis pro consensu accipitur. In donationibus quando donatarius donum accipit, vel detinet, ut in casu quem Lugo profert, sine dubio satis manifestat suam intentionem donum accipiendi, et donatio spectato solo jure naturali rata et valida erit, nisi donatarius interius dissentiat, quo casu donatio irrita erit ex defectu consensus non externi sed interni. In promissionibus gratuitis idem dicendum est; sic si Caius dicat Julio: cras tibi mittam exemplar libri nuper a me editi, et Julius taceat, nonne ex communi usu consentire censetur? Sed hæc intelligenda sunt sub duplici exceptione: 1. si Caius donet, vel promittat sub conditione aut expressa aut tacita, ut Julius assensum suum expresse significet. Hoc vix evenire potest sub conditione tacita in iis donationibus in quibus donum traditum est; sed fieri potest talis donatio sub conditione expressa. Sic si Julius per literas Caium roget ut librum sibi commodet, et Caius librum transmittat Julio literis simul datis quibus dicit: tibi dono hunc librum si vis eum habere; rescribe tamen mihi, ut aliud exemplar mihi ipsi comparem; hæc donatio non erit absolute rata et valida donec rescripserit Julius, et si hoc non fecerit intra tempus rationabile donatio erit irrita; quia conditio sub qua facta est, non est impleta. In promissionibus vero gratuitis conditio sæpe est tacita. Sic si Caius scribat ad Julium: tibi me obligo ex justitia ad mittendum exemplar libri nuper a me editi si vis illud habere, manifestum est hanc promissionem esse conditionalem; et nisi Julius consensum suum expresse significaverit, promissio erit prorsus irrita. 2^a. Exceptio est ut donator aut promissor nullum onus imponat donatario aut promissario; quia si hoc faciat contractus erit bilateralis, et ad eum perficiendum eadem acceptatio requiritur quæ in aliis hujusmodi contractibus necessaria est.

Denique monendam est ex jure nostro municip. promissionem

(a) Haunoldus t. 3, tr. 9. n. 25; Beusch, c. 1, n. 74, et seq.

(b) Loc. cit.

pure gratuitam nullam obligationem civilem parere; et donationem, re etiam tradita, revocari posse a donatore, donec donatarius aut dictis aut factis suam intentionem donum accipiendi significaverit.

102. Quæ hætenus diximus etiam de condonando debito vera sunt. Potest quidem dominus abjicere dominium rei suæ etiam solo actu interno, ut supra de rebus quæ ex præsumpto consensu domini acquiruntur diximus; sed non potest efficere ut alius fiat hujus rei dominus sine proprio suo consensu. Sed hæc duo concurrunt in remissione debiti, abjectio domini juris ad debitum, et translatio hujus juris ad debitorem. Sane enim Caius remittendo debitum Julii, non minus in eum transfert hujus juris dominium quam si jus suum transtulerit in Sylvium; et sicut Sylvius hoc jus sine proprio consensu non acciperet, ita nec Julius. Similiter si Sylvius solvisset Caio summam a Julio debitam, Julio non consentiente, jure solo naturali spectato solutio esset invalida, neque Julium a debito solvendo excusaret. Posset ergo Sylvius pecuniam Caio solutam repetere, etiamsi Julius suum debitum solvere non potuisset. Supponitur Sylvium pecuniam dedisse Caio ea sola causa quod deberetur a Julio; si enim absolute hanc summam dedisset, Caius eam titulo donationis retinere poterat. Ex jure municip. vero nisi ipse Julius debitum solvisset, actio in Caium non daretur ad pecuniam solutam repetendam. Consensus etiam creditoris eodem modo exterius manifestari debet quem supra de donatione exposuimus; quia revera remissio debiti est vera donatio rei incorporalis.

103. Quando promissio vel donatio est absoluta, minime necesse est ut acceptatio promissori aut donatori intimetur. Immo vero quando donatio fit per testamentum, acceptatio modo humano a donatore nunquam cognosci potest; et ex præscripto juris municip. mortuo Caio qui liberum tenementum legavit Sylvio, hic statim et ante omnem consensum liberum tenementum et statum perfecte possidet; neque ingressus in agros requiritur, quanquam necessarius est ad statum perfectum conferendum quum quis in agros jure hereditario succedit. Similiter si Caius in longinquas regiones jam profecturus mille nummos per literas Julio mittat atque donet, manifestum est Julium hac pecunia in proprium suum commodum uti posse. Qua propter nisi hoc exigat donator necesse non est ut acceptatio ipsi intimetur. Vice versa si promissarius aut donatarius jam suam acceptance[m] significaverit, necesse non est ad validitatem donationis ut donatario sit cognita. Sic si Julius per nuntium vel literas Caium roget ut sibi donet centum aureos vel equum, et Caius tradat equum

nuntio, aut pecuniam per literas Julio mittat, equo tradito, et literis missis, Julius statim dominium equi aut nummorum accipit. Quare si Caius sacerdos nuntium mittat ad Sylvium parochum Sylvestri et Juliæ petens licentiam eos in matrimonium conjungendi; et nuntius moram fecerit, ob quam causam Caius qui putat licentiam jam concessam esse, Sylvestrum et Juliam in matrimonium conjungit, matrimonium validum est, si facultas concessa est eo tempore quo celebratum est. Caius vero graviter peccat nisi urgentissima necessitas eum excuset, et Sylvestro et Juliæ nullo modo matrimonium consummare licet donec de ejus validitate certi sint. Sed hoc specialiter non respicit contractus unilaterales, quia contractus bilaterales iniri possunt eodem modo per literas aut per procuratores.

104. Quando agitur de contractibus bilateralibus, manifestum est ex dictis consensum externum ex utraque parte esse necessarium; quoniam enim utraque pars aliquid alteri tradit aut promittit ea conditione ut aliquid aliud ab ea accipiat, omnino necesse est ut hanc commutationem exterius significant. Sed acriter controvertitur utrum requiratur necne ut acceptatio innotuerit aut ipsi offerenti, aut alteri, qui ejus vice fungitur. Contendunt Lugo (*a*), Lessius (*b*) et plures jurisperiti hoc necessarium esse; negant vero Beusch (*c*) et alii. Revera ex solo jure naturali probari non potest contractum bilateralem ratum et validum esse non posse donec acceptatio offerenti intimetur, quando prior contrahens absolute vult ut accedente consensu alterius contractus statim perficiatur. Sic v. g. si Caius velit equum suum Julio vendere viginti quinque libris, Julius vero hanc summam dare recuset, postea vero mittat eam ad Caium per literas, quibus scribat eum hanc pecuniam retinere posse si adhuc velit hoc pretium pro equo accipere; videtur hunc contractum validum esse eo ipso quod Caius pecuniam retineat. Suppono Caium animum habere pecuniam accipiendi ut pretium equi; aliter enim deesset consensus internus. Retinendo autem pretium Caius suum animum Julio dandi dominium equi sufficienter manifestat; quamvis hæc intentio Julio nondum sit cognita. Similiter si Caius aliquod officium Julio per literas committat, aut aliquid ei mittat aut leget certo onere imposito, eo ipso quod Julius officium aut rem aut legatum acceptat, tenetur munera officii implere, et onus impositum perferre, et ideo contractus validus est, antequam acceptatio a Caio cognoscatur; et quidem de legato nunquam modo humano a tes-

(*a*) Disp. 22. n. 27. et seq.

(*b*) De Just. lib. 2. c. 18. n. 43.

(*c*) De Contractibus, c. 1. n. 76. et seq.

tatore cognosci potest an accipiatur necne. Equidem quando partes contrahentes sunt præsentes, contractus non est ratus et validus donec consensum suum accipi offerens cognoscit; sed quum contractus inter absentes per nuntium aut per epistolam initur, hoc neque jure naturæ neque jure nostro requiritur. Et revera nisi res ita esset, matrimonium si per procuratorem ineatur, non valebit, donec is qui per procuratorem contrahat, cognoscat alteram partem consensisse; quæ doctrina omnino falsa est. Itaque utrum consensus alterius contrahentis ab offerente cognosci debet antequam contractus ratus et validus est, necne, omnino pendet ex modo quo contractus conficitur. In exemplis supra allatis manifestum est offerentem velle contractum ratum esse, eo momento quo alter contrahens suum assensum significat: ideoque eo momento ratus et validus est. Et quidem "si in contractibus onerosis requiritur ad eorum perfectionem, quod singulis manifestetur acceptatio alterius, videtur ex hoc sequi processus in infinitum: quando Petrus v. g. offert Joanni centum pro equo, Joannes acceptat et vult dare equum pro illis centum: hæc acceptatio Joannis debet manifestari Petro. . . . Ergo rursus oportebit manifestari Joanni, quod Petrus ejus acceptationem cognovit et acceptavit" (a); et sic deinceps in infinitum.

105. Potest offerens exigere ut contractus ne valeat donec consensus alterius contrahentis ab ipso cognoscatur, aut nisi aliquo modo speciali, scriptis v. g. ipsi intimetur; et nisi consensus hoc modo detur contractus erit irritus. Requiritur etiam ut alter id ipsum quod ab offerente proponitur acceptet, aliter enim non erit mutuus consensus in idem placitum. Potest etiam offerens consensum suum retractare usquedum alterius contrahentis accedat consensus; si vero retractatio alteri contrahenti non intimetur, et is suum consensum tempore debito præstiterit, contractus erit ratus in foro civili, et acceptor ejus executionem tuta conscientia exigere potest. Præscripta juris nostri circa hanc materiam lingua Anglica proferre juvat.

"If by the terms of the proposal, it is stipulated, that the acceptance is to be in a particular manner,—e. g. in writing—an acceptance in any other manner will not form a binding contract. So, on the principle that mutual assent is necessary in order to there being a binding contract, it is held, that, where an agreement is sought to be established by means of letters, such letters will not constitute an agreement, unless the answer be a simple acceptance of the proposal, without the introduction of any new

(a) Lugo, Disp. 22. n. 32. cui rationi ipse frustra respondere nititur.

term.—Another consequence of the above principle is,—that, until both parties are agreed, each has a right to withdraw from the negotiation; so that a party is not only not bound by a mere offer not accepted; but may retract such offer before it is accepted, by a communication to the person to whom the offer is made. But this latter rule must be received with the following qualification, viz.: that if an offer be made by letter to a party at a distance, it is *presumed* to be constantly repeated until the period for acceptance arrives, up to which period it is to be *inferred* that there is a continuation of the intention to contract; and that the acceptance of the exact terms proposed, within the precise period limited, shall, when forwarded, complete the contract, provided the party making the offer have not, in the interim, withdrawn it . . . Thus Caius offered, *by letter*, to sell certain goods to Julius, *receiving an answer by return of post*. The letter to the plaintiff being misdirected, the answer signifying the acceptance of the offer arrived two days later than it ought to have done. . . This was caused by Caius's mistake. He had sold the goods on the preceding day to a third person; but the Court held that there was a binding contract with Julius, who could bring an action for non-delivery of goods. They considered that a party who transmitted a proposal, *by letter*, must be considered as renewing his offer every moment, until the time at which the answer is to be sent, and then the contract is completed by the acceptance of the offer. They said, that if the law were otherwise, *no contract could* ever be completed by the post. For if Caius were not bound by his offer when accepted by Julius, until the answer was received, then Julius ought not to be bound until after he had received the notification that Caius had received his answer and assented to it: and so it might go on *ad infinitum*. . . . Again, Caius offered by letter to sell to Julius a quantity of iron, which by the usage of the trade the latter was bound to accept or refuse by return of post. Julius did so accept, but by some accident in the post-office the letter arrived one post later than it ought, wherefore Caius refused to fulfil the contract, but he was forced to do so by the decision of the House of Lords (a).”

106. Sed spectato solo jure naturali hoc intercedit discrimen inter contractus *explicitos* unilaterales et bilaterales, quod in prioribus ipsum per se silentium, ut vidimus, sufficiet ad consensum internum manifestandum, quia *in favorabilibus qui tacet consentire videtur*; in bilateralibus vero silentium minime sufficiet ad

(a) Cf. Chitty, pp. 11, 12.

consensum internum manifestandum. Sic si Caius dicat Julio; tibi dono meum equum, silentium Julii jure solo naturali spectato plerumque ejus acceptationem sufficienter manifestabit; sed si ei dicat; tibi vendo meum equum quinquaginta libris, et sileat Julius, quanquam revera interne consentit, tamen hic consensus per ejus silentium minime manifestatur. Diximus in contractibus *explicitis*; quia in *implicitis* ut ipsum nomen indicat, et ut ex iis quæ de hujusmodi contractibus jam diximus patet, consensus quandoque ex una tantum parte, et sæpe ex neutra parte directe manifestatur. Sic si Julius merces emat a Caio nullo pretio constituto, convenit inter eos de pretio justo dando et accipiendo, quanquam nihil de hac re ex alterutra parte dicitur. Legat Julius Caio mille libras ea conditione ut certa opera perficiat; Caius accepto legato opera perficere tenetur. Expresse declaratur contractus ex parte Julii, sed acceptio tacita et implicita est ex parte Caii. In perficiendis contractibus simplicibus secundum præscripta juris nostri, sive sint unilaterales sive bilaterales, consensum aut verbis aut scriptis aut aliis signis expresse manifestari necesse est. Promissio gratuita nullam obligationem civilem parit; donatio vero, quando per contractum simplicem perficitur, acceptatione expressa aut verbis aut scriptis aut actibus manifestata indiget. Plurimi contractus bilaterales nonnisi scripto instrumento legaliter confici possunt, ut suo loco exponemus; et hujusmodi contractus nonnisi consensu expresso utriusque partis legaliter confici posse manifestum est. Quod attinet ad contractus bilaterales qui solis verbis perfici possunt, vel jam actum est inter partes de pacto ineundo circa materiam contractus vel non. In priore casu aut contractus initus est per ipsas partes earumve procuratores, aut inter absentes per literas confectus est. Ad hæc contractus inter præsentis iniri potest aut absolute, aut sub conditione vel suspensiva vel resolutoria. Quando absolute initur, manifestum est ex supra dictis acceptationem debere esse expressam. Si ineatur sub conditione suspensiva, ut si v. g. Caius offerat merces aliquas Julio, pretio constituto, et concedat ei tempus usque ad horam quartam postmeridianam ut statuatur utrum has merces accepturus sit necne, secundum theologos, et jure solo naturali spectato, hic est contractus conditionalis, qui erit ratus si Julius assensum intra tempus præfinitum præstiterit; irritus vero si hoc non fecerit; Caius vero tenetur expectare donec tempus statutum ad venerit. In jure vero nostro actus Caii respicitur ut merum contrahendi *propositum*; quia ex eo nulla oritur mutua obligatio qua tenetur Julius; atque igitur Caio, etiamsi promiserit merces istas Julio vendere, nihilominus jure nostro licebit eas ante tempus præsti-

tutum vendere cuilibet alteri. Sed in conscientia sine dubio pactum cum Julio factum servare tenetur. Si vero conditio ex parte emptoris esset resolutoria, res aliter se haberet. Sic Caius proxeneta [*a broker*] certas merces Julii vendidit Sylvio die sabbati, ea conditione, ut Sylvius qualitatem mercium feria secunda proximæ hebdomadis probaret; et literas venditionis [*a sold note*], in quibus hæc conditio inserta est Sylvio transmisit, qui qualitatem mercium die constituto neque probavit neque improbavit. Proxeneta post paucos dies alias literas venditionis, verbis de approbatione Sylvi oblitteratis, misit ad Julium qui contractum repudiavit. Sed re in iudicium a Sylvio adducta, Julius contractui stare coactus est; quia hoc ipso quod Sylvius contractum non repudiavit die præstituto, contractus perfectus et absolutus evasit et ideo utramque partem obligavit.

107. Ut autem contractus sit ratus necesse est ut una pars promissionem *veram* et *ex justitia* obligantem faciat alteri parti determinatæ quæ hanc ipsam promissionem accipit. Sic Caius deliberabat et verba palam proferebat cum Julio de matrimonio ineundo inter filium suum Sylvestrum et Mariam Julii filiam; Julius asseruit et publicavit se daturum centum libras ei qui filiam suam duceret. Sylvester Mariam duxit, Julio consentiente; sed actione intentata a Sylvestro ad pecuniam exigendam judicatum est non fuisse promissionem veram et obligatoriam, inter Caium et Julium, datam et acceptatam qua utraque pars Julium obligatam esse putasset. Iterum Caius debebat Julio magnam pecuniam quam solvere non potuit. Petrus avunculus Caii scripsit ad Julium se paratum esse septenos schelingos ex singulis libris quas debebat Caius solvere, ea conditione ut Julius et ipsum et Caium tutos et indemnes ab omni damno propter hoc debitum præstaret. Monuit eum Petrus ut si vellet rem hoc modo transigere, ad se mitteret accuratam totius debiti rationem. Hoc fecit Julius et solutionem qualis oblata erat accipere annuit. Petrus vero postea recusavit pecuniam a se oblatam solvere, et actione ei a Julio intentata judicatum est Petrum suis literis se non voluisse definite obligare ad pecuniam solvendam, sed solummodo propositum quoddam [*an overture*] fecisse; quia præter alia indemnitis ratio haudquaquam determinata esset. In alio casu Caius scripsit ad Julium se velle ab eo cognoscere velletne dimidium ex eo quod debebat Petrus Caii frater in solutionem totius accipere: se paratum esse dimidiam partem solvere et non amplius; Juliumque monuit ut si hanc summam acciperet domum ad se postridie mane veniret. Julius ad domum Caii venit tempore statuto, sed hic promissionem suam implere recusavit; et actione ei intentata, declaratum est literas Caii merum

propositum continere. Iterum Caius scripsit ad Julium mercatorem, merces quæ valerent centum libris sine periculo Sylvestro pecunia non præsentī vendi posse, neque se recusare [*had no objection*] spondere pro Sylvestro de mercibus ei a Julio vendendis. Julius tradidit merces, et quum Caium in jus vocasset ad earum pretium exigendum, declaratum est actionem ei non competere, tum quia Caius certam et determinatam sponsionem non fecisset; tum quia Julius non indicasset Caio se literas datas pro certa sponsione accepisse. In alio casu Caius scripsit ad Julium hoc modo: Sylvester mihi significavit te librum pro eo typis exscripturum esse; non recuso pro eo ad quinquaginta libras spondere. Actione Caio intenta declaratum est eam non competere quia nullum indicium datum est Caio Julium sponsionem propositam accepisse. In duobus ultimis casibus Caius in conscientia obligationem susceptam implere tenebatur.

108. Ex dictis patet utrique parti integrum esse, quando contractus inter præsentēs initur, consensum revocare quoadusque alterius consensus accesserit. Quando vero contractus inter absentes per literas initur res aliter se habet; tunc enim ex præscripto juris *præsumitur* consensum offerentis singulis momentis renovari usque ad finem temporis intra quod accipi debet, unde *infertur* intentionem contrahendi permanere; itaque quum primum accedit consensus alterius partis modo debito exterius manifestatus, contractus perficitur, dummodo antequam hoc factum est offerens alteri parti ne indicaverit se suum revocasse. Sed revera nullo modo necesse est ad has argutias jurisperitorum confugere; consensus enim offerentis semel datus virtualiter permanet donec revocatur aut expresse aut quia advenit tempus præfinitum. Debet autem altera pars ipsis conditionibus propositis assentiri; aliter enim non erit conventio in idem placitum, atque ideo non erit contractus ratus et validus. Si vero offerens antequam suæ literæ accipi potuerint ab altero ad ipsum alias literas miserit quibus consensum suum revocat, aut si ante hoc tempus mortuus fuerit, aut mente captus, quanquam alter inscius mortis aut insanix literas dederit quibus declarat se contractui assentiri; attamen, ex defectu mutui consensus, contractus irritus et nullus erit. Præterea si alter dissensum suum a conditionibus per literas propositis solis verbis significaverit, non poterit postea contractum ratum et firmum efficere, nisi offerens consensum suum renovaverit.

109. Ex dictis patet contractum ratum et firmum esse quando alter conditionibus propositis assentitur, neque suspenditur contractus donec offerens certior factus est de consensu alterius. Is qui consensum suum sine dolo vel fraude revocaverit ante al-

terius acceptationem ad nihil tenetur, neque ratione contractus qui irritus est, neque propter injuriam, quia nulla injuria illata est.

Punctum quartum.—An consensus debeat esse in idem placitum ?

110. 4. Consensus debeat esse *in idem placitum*. Hoc exigit ut contrahentes consentiant, 1. de genere ipsius contractus ; 2. de materia contractus ; et 3. ut omnes conditiones expressæ quæ ab una parte ferantur ab altera accipiantur. 1. Consensus utriusque debet ejusdem generis contractum respicere ; ut si Caius velit locare domum suam Julio centum libris in singulos annos, Julius autem putet se emere domum eodem aut diverso pretio, nullus, ut patet, existit contractus neque locationis neque emptionis. 2. Debent consentire de materia contractus ; si enim Caius vendat vinum, Julius vero emat oleum, manifestum est nullam inter eos subsistere conventionem. Et hoc verum est quanquam dissensus est de ejusdem generis materia ; v. g. si Caius centum libras mutuas a Caio petat, et is ducentas vel quinquaginta offerat ; quia revera non est consensus in idem placitum. Ex decisione juris Romani (a), si Caius absens vellet conducere domum Julii centum et quinquaginta nummis in singulos annos, rescriberet autem Julius se domum ei locare centum nummis in singulos annos, contractus esset ratus et validus, mercede centum nummum in singulos annos constituta. Talis autem locatio rata et valida non esset ex nostro jure, donec Caius significasset se accipere locationem, et mercedem centum nummum soluturum ; quia donec hoc factum esset non foret consensus in idem placitum. 3. Omnibus conditionibus expressis quæ ex una parte exiguntur, altera pars assentiri debet, iis exceptis quæ in hac materia a tribunalibus æquitatis (b) statui possunt ; aliter enim contractus ratus et validus non erit. Diximus conditiones quæ *expresse* exiguntur ; quia supra ostendimus utramque partem contrahere censi secundum usum et consuetudinem quæ in similibus contractibus ineundis generaliter servantur, et utraque pars implicite se obligare ad has conditiones observandas judicatur. Quando vero Caius vult v. g. certas merces vendere Julio, pretio constituto, is vero eas emere consentit aliqua conditione addita, nullus est contractus ; quia non existit mutuus con-

(a) L. 12. et 109, ff. 45. 1. de verborum obligat, cf. Carriere de Contractibus, n. 36.

(b) Cf. Tractatam de Justitia, n. 48. in Procem.

sensus de conditione addita, donec Caius huic conditioni assentitur. Sic Caius scripsit ad Julium se velle domum ejus emere, pro qua daturus esset mille libras, his conditionibus, ut Julius responsum daret intra sex hebdomades, et si acciperet pretium, ut possessionem sibi daret ante diem 25^{um} Julii. Caius his conditionibus assensus est, sed scripsit se possessionem daturum die 1^o Augusti eodem anno. Caius postea intra sex hebdomades consensum suum retractavit, et a tribunalibus declaratum est hoc ei jure licere. Iterum scripsit Caius ad Julium se empturum ejus equum viginti libris, modo tamen ille sponderet equum sanum esse, atque placide et sedate currum ducturum. Rescripsit Julius se pretium accepturum, et sponsurum equum esse sanum, eumque *cum alio equo conjunctum* mansuete currum ducturum [*quiet in double harness*]. Sed propter hoc additamentum judices declaraverunt eos in idem placitum non consensisse. Quando quis a magistris societatis cujus est via ferrea, certum numerum partium poscit et partes ei assignantur quibusdam conditionibus additis, contractus est irritus; quia inter eos non consentitur in idem placitum. Sic Caius a magistris viæ cujusdam ferreæ sexaginta partes per literas postulavit, et declaravit se paratum esse eas accipere secundum regulas societatis, et quanta pecunia pro iis deponi debeat solvere. Rescripserunt ad Caium magistri se ei sexaginta partes assignasse, ea conditione ut pecuniam ante diem 1^{um} Augusti solveret, *quod nisi faceret assignationem irritam fore*. Propter hanc ultimam conditionem contractus irritus declaratus est, quia in postulationem Caii non simpliciter consensissent. In alio casu Caius proxeneta [*a broker*] vendidit Julio certas merces, et literas *venditionis* [*a sold note*] tradidit Sylvio domino mercium. Quum Sylvius aliqua verba conventionis improbasset, ipse emptor Julius hæc delevit, et lituram a se factam esse literis sui nominis super eam scriptis testatus est. Caius postea tradidit Julio literas *emptionis* [*a bought note*] quæ non parum a literis venditionis discrepabant. Actio Julio intenta est quia contractum secundum literas venditionis a seipso approbatas non impleverat; et primo quidem judicium a tribunali supremo Indico contra eum prolatum est; sed appellatione facta (a) judicium eversum est, ea ratione quod partes, etiamsi mutatio in literis venditionis a Julio facta esset, per utriusque tamen literas contrahere voluissent, et quoniam hæ diversæ erant, consensum non esset in idem placitum.

(a) Appellatio in hoc casu fit ad the Judicial Committee of the Privy Council.

111. Quando idem proxeneta negotia utriusque contrahentis gerit, literæ venditionis et emptionis inter se concordare debent; aliter contractus irritus esset. In hoc casu subscriptio proxenetæ utramque partem obligabit. Sic Caius proxeneta adhibitus est a Julio ut venderet cannabim Petropolitanam, et a Sylvio ut emeret cannabim. Is vendidit Sylvio cannabim *Petropolitanam* Julii, et tradidit huic literas in quibus scriptum est vendi cannabim Petropolitanam: sed ex incuria in literis emptionis quas Sylvio dedit cannabim appellavit Riganam. Revera cannabis erat Petropolitana, sed quia ex scripto instrumento Sylvius emerat cannabim Riganam, et Julius ei vendidit Petropolitanam, contractus irritus declaratus est. Sed sine dubio hic contractus in conscientia ratus erat et obligatorius. Quando vero proxeneta negotia unius tantum partis, v.g. Caii emptoris gerit, et contractum conficit cum Julio venditore, et literæ discrepantes venditionis a proxeneta et a Julio scribuntur, pertinet ad juratos declarare utrum contrahentes voluerint ex utriusque literis aut ex unius determinatis literis contractum perficere. In priore casu contractus esset irritus, in posteriore ratus et validus. Sic Caius proxeneta Julii emit a Sylvio certam quantitatem cannabis, quæ advehebatur a Petropoli per navem quæ jam in cursu erat; et tradidit Sylvio literas venditionis, quibus conditiones contractus declaravit. Alias literas venditionis ipse Sylvius remisit ad proxenetam iisdem verbis quibus usus est proxeneta, sed addidit: si navis fracta fuerit, aut cannabis detrimentum ceperit, contractus quod attinet ad quantitatem naufragio deperditam aut detrimento affectam irritus erit. Si contractus ex his binis literis confectus esset, omnino irritus fuisset; et res ita se habuisset si proxeneta vice non solum Julii sed et Sylvii functus esset. Sed in contractu ineundo vicem solius Julii gessit. Julius vero actionem intendit Sylvio ad contractus executionem exigendam quasi perfectus esset solis literis quæ ab ipso Sylvio subscriptæ erant. Judices declaraverunt totam controversiam versari circa hanc rem, utrum Sylvius et Julius voluissent contractum perficere literis solius Sylvii, an Sylvius voluisset se Julio obligare ea sola conditione, ut Julius subsignaret literas quibus vicissim ad cannabim emendam Sylvio obligaretur. Jamvero ex jure nostro venditio emptio, quum res decem libris aut pluris veneunt, non est rata et valida, nisi aliqua pars aut pretii aut bonorum tradatur et accipiatur, aut nisi scriptis mandetur et nomine *eius qui tenetur contractum exsequi* subsignetur. Equidem hic contractus erat bilateralis, et cannabi tradita, si Julius pretium solvere recusasset, Sylvius ei actionem

ad id exigendum intendere poterat. Sed non potuit eum cogere ad cannabim accipiendam, quia literæ a Julio subsignatæ non erant. Utrum ergo Sylvius voluisset contractum perficere solis suis literis necne, erat quæstio facti quæ a juratis dirimenda fuit.

112. Quanquam consensus mutuus semper necessarius est ad contractum ratum et validum conficiendum, ex casu tamen proxime exposito patet, quod attineat ad contractus qui ex utraque parte executioni mandandi sunt, non semper necesse esse ut actio intendi possit tum ab una tum ab altera parte ad contractus executionem exigendam. Alia quædam exempla hujus rei proferre juvat. Caius per chirographum pecuniam mutuam a Julio sumpsit, quam Julius nunc exigit. Convenit inter Sylvium et Julium ut ille suscipiat obligationem summam debitam solvendî, si Julius in tribus proximis mensibus actionem Caio non intenderit. Julius se non obligavit ad actionem non intendendam, sed nisi ab actione intendenda abstinerit debiti solutionem a Sylvio exigere non poterit. Item Sylvius promittit Julio, si is constituerit Caium procuratorem suum ad negotia gerenda in unum annum, se pro Caio sponsum de pecunia solvenda, si quam pro Julio acceptam is non reddiderit. Julius non tenetur vi contractus Caium procuratorem suum constituere; si vero hoc fecerit, Sylvius obnoxius erit pecuniæ solvendæ quam Caius Julio non tradiderit. Hi contractus non sunt legaliter rati et validi nisi scriptis mandentur, et a Julio subsignentur. Similiter contractu inito inter minorem et alium qui legitimam ætatem adeptus est, prior solus actionem ad executionem contractus exigendam intendere potest. Item quum Caius per durtiem vel fraudem Julium ad contractum conficiendum induxerit, Julius solus exigere potest ut contractus hanc ob causam rescindatur. Item si Caius opifex Julio vendit die dominica quasdam res quæ ad suum negotium pertinent, Caius executionem hujus contractus legaliter exigere nequit; hoc vero facere poterit Julius, si ignoraverit tempore contractus Caium commercium suum consuetum facere. Sed plerumque in contractibus qui ex utraque parte executioni mandandi sunt, debet ab initio esse obligatio legalis ex utraque parte. Unde actio intendi non potest propter violationem promissionis ad matrimonium contrahendum, nisi sit mutua et obligatoria ex utraque parte. Et quotiescunque una ex partibus contrahentibus pretium æstimabile pro sua promissione non acceperit, quia tempore quo contractus initus est, ex ejus forma altera pars tantummodo ejus executionem legaliter exigere potuit, contractus prorsus nullus et irritus est. Sic Caius actionem intendit Julio ut eum cogeret stare arbitrio quod factum

est ad dirimendam controversiam quæ inter eos de quibusdam bonis extitit; Caius vero non se obligaverat ut arbitrio staret; quo probato iudex declaravit contractum initum ad controversiam per arbitrium dirimendam irritum esse et nullum, et promissionem quam Julius fecisset se arbitri sententiæ staturum, utpote sine pretio datam, prorsus irritam fuisse. Necesse est ut ii omnes quos arbitrium respiciat ei stare teneantur. Iterum Caius se obligavit ad habitandum apud Julium per biennium ut artem ejus addisceret; sed contractus irritus declaratus est, quia Julius se non obligasset ad artem docendam; et si hoc neglexisset, lege ad id cogi non potuit. Item Caius sartor scripto instrumento promisit se operam suam daturum ad negotium Julii solius promovendum in unum annum, et sic deinceps de anno in annum donec Julius ei significaret se opera ejus non amplius indigere. Ibi contractus irritus declaratus est; quia nullum pretium pro promissione Caii datum esset, quum ex contractu Julius non se obligasset ut Caii operâ uteretur.

Punctum quintum. Consensus debet esse actualis aut virtualis, nisi obligatio ex præscripto legis inducatur.

113. Consensus est aut actualis, aut virtualis, aut habitualis, aut interpretativus, aut præsumptus. Respicit hæc quæstio intentionem quam quis habere debet dum contrahit. Quum enim ex dictis actus contrahendi tum internus tum externus debeat esse humanus, ex intentione et voluntate eum faciendi procedere necesse est. Porro intentio contrahendi est actualis quando quis voluntate morali et deliberata tum vult contrahere, quum contractum perficit. Intentio virtualis ea est quæ revera in actum influit eumque humanum efficit, quanquam contrahens de contractu non cogitat, et quandoque cogitare non potest dum perficitur. Duplici modo intentio virtualis existere potest: 1. contineri potest in actuali intentione quam habet contrahens eo tempore quo contractum perficit; et 2. quando intentio actualis præterita moraliter perseverat, et ad contractum perficiendum moraliter concurrat. Sic is qui modo humano contrahit intentionem habet virtualem se obligandi ad suam partem implendam, etiamsi de hac obligatione minime cogitat. Item quando Caius dat pannum Julio sartori ad vestimenta conficienda, prior se obligat ad pretium operæ consuetum solvendum; posterior ad opus cum usitata peritia conficiendum, quamvis de his mutuis obligationibus minime cogitent. In his casibus intentio virtualis in intentione actuali simul existente continetur. Quando vero quis per procuratorem aut

per literas contrahit, intentio virtualis existit vi et efficacia consensus præcedentis non retractati. Neque dici potest consensum esse actuale quando Caius Julio mandat ut vice sua in contractibus conficiendis fungatur, quod Julius ejus nomine consentiat. Si enim consensus Julii sufficeret, et delegatus esset ad matrimonium pro Caio contrahendum, matrimonium valeret, etiamsi Caius tempore contractus insanus aut mortuus esset. Quando vero contractus initur per literas, manifestum est contractum perfici vi consensus actualis præteriti virtualiter permanentis; absurdum enim est recurrere ad argutias jam expositas jurisperitorum qui docent consensum datum per literas singulis temporis momentis repeti donec contractus perficiatur. Fieri enim potest ut is qui contrahit per literas aut per procuratorem tum dormiat aut ebrius sit quum contractus initur; attamen omnes agnoscunt talem contractum ratum et validum fore. Itaque si is qui contrahit per procuratorem aut per literas, consensum suum antequam contractus conficiatur retractaverit, contractus erit irritus; et si agatur de matrimonio, nonnisi vero dato consensu ratum effici poterit, quia materia hujus contractus nulli potestati humanæ subjecta est. Quando vero agitur de bonis externis, nisi Julio alteri contrahenti innotuerit Caium aut procurandi mandatum aut literas revocasse antequam Julius consenserit, contractus quanquam revera irritus, eundem tamen habebit effectum, vi juris municip. ac si sit ratus et validus; et hoc præscriptum juris obligat in conscientia; necessarium enim est ad securitatem commercii conservandam, et ad utilitatibus rei publicæ consulendum.

144. Intentio habitualis ea est quæ efficit actum physice non autem moraliter, ita ut actus voluntarius et liber dici non possit. Talis esset intentio Caii si habitum acquisivisset contractus ineundi dum tam ebrius esset ut nesciret quid faceret. Et revera plurimi homines sponsiones libentissime faciunt quum ebrii sunt. Sed sive ex consuetudine fit, sive ex ea non fit, contractus initus a Caio dum ita ebrius est ut nesciat quid faciat prorsus irritus et nullus est. Requiritur enim ad contractum non solum consensus internus, sed insuper ut hic consensus per actum humanum manifestetur. Deest autem ex parte ebrii consensus tum internus tum externus. Sed etiamsi Caius antequam ebrietate aut somno opprimeretur expresse voluisset contractum aliquem inire dum dormiret aut ebrius esset, contractus foret invalidus, quia deesset consensus externus humanus. Sicut autem Caius potest suam voluntatem non solum verbis alicui presenti, sed etiam scriptis alicui absenti, manifestare, sic etiam delegare potest Julium ut eam aliis notam faciat. Quando ipse Caius contractum

perficit, necesse est ut consensum suum internum eo tempore quo contractus initur per actum humanum externum manifestet: si vero per alium hominem aut per epistolam contrahit, hoc minime necessarium est; quia consensum suum aut verbis aut scriptis modo humano jam manifestavit, et tantummodo quod attinet ad consensum externum requiritur, ut hoc alteri contrahenti intimetur, cujus consensu dato contractus perficitur. Aliter enim vix unquam certi esse possemus contractus inter absentes esse ratos et validos. Convictus autem humanus et utilitates societatis exigunt ut contractus inter absentes facti non ideo irriti essent, quod ii quorum nomine initi sunt dormirent aut ebrii essent quum contractus inirentur. Sufficit ut non retractaverint intentionem contrahendi, quæ non aufertur per somnum aut ebrietatem, ut ex communi judicio hominum constat. Si vero is cujus nomine contractus conficitur decesserit, aut amentia perpetua correptus sit consensus virtualis destruitur, et contractus irritus est, etiamsi alter contrahens nesciat mortem aut amentiam alterius tempore quo in contractum consentiat. Si vero Caius qui usu rationis potitus est eo tempore quo literas de contractu in eundo confecit, antequam contractus initus est in amentiam per breve tempus lapsus sit, contractus non est irritus; consensus enim antea datus moraliter perseverat, et accedente alterius partis consensu contractus ratum et validum est.

115. Hinc patet discrimen inter consensum necessarium ad contractum conficiendum et consensum necessarium ad peccandum. Quando enim Caius se inebriat, prævidens se occisurum Julium, tenetur ebrietatem evitare, non solum ex virtute temperantiæ sed etiam ex virtute justitiæ commutativæ; et ideo si se inebriat in his circumstantiis, homicidium voluntarium est in causa, quia omnino obligatur ob hanc rationem ad ebrietatem evitandam. Similiter quando Caius qui se inebriaturus est prævidet se blasphemias prolaturum, non solum ex virtute temperantiæ, sed etiam ex virtute religionis, ebrietatem evitare tenetur. Iterum si prævideat se sponsiones aut alios contractus confecturum si se inebriet, tenetur non solum ex temperantia sed etiam ex prudentia evitare ebrietatem, ne hæc aliaque stulta et inepta verba proferat. Sed in ultimo casu tota obligatio ipsum Caium respicit, neque quisquam jus habet ut Caius ne se inebriet propterea quod formulam contractus aut alia verba stulte et inepte proferat dum nesciat quid faciat. Et etiamsi antequam se inebriasset expresse declarasset se certum contractum velle conficere dum ebrius esset aut dormiret, contractus irritus foret, quia consensus externus non proferretur per actum humanum, quod supra n. 99. ad contractum conficiendum necessarium esse jam probavimus.

116. Consensus interpretativus existere dicitur quando contra-hentes revera de eodem placito non conveniunt, sed veritate cognita libentissime convenirent. Sic v. g. inter Caium et Julium convenit de equo Caii vendendo et emendo. Putat Julius se emisse quendam equum rufum Caii; putat vero Caius se vendisse quemdam alium equum album. Contractus est invalidus, quanquam inter eos cognita veritate de eodem equo vendendo et emendo eodem pretio libentissime convenisset. Ratio est ma-quia non est conventio in idem placitum. Item putat Caius se matrimonium contrahere cum Bertha, sed revera contrahit cum Julia quam multo libentius duceret. Contractus tamen est inva-lidus, quia quanquam cognita veritate libentissime cum Julia contraxisset, revera tamen cum ea non contraxit.

117. Consensus præsumptus duplici modo definitur. Primo is est qui neque verbis neque scriptis neque factis clare manifestatur, sed ex quibusdam indiciis adesse judicatur. Secundo is est qui revera non adest, sed ex circumstantiis judicatur v. g. Caium cujus consensus necessarius est ad contractum conficiendum, eum non denegaturum, si ab eo postularetur. Certum est consensum præsumptum secundo sensu acceptum ad contractum non sufficere; quia revera consensus non adest. In priore vero sensu consensus vel a privatis personis vel a jure existere præsimitur. Si a pri-vatis, contractus erit ratus in conscientia, si is qui consensum dedisse præsimitur revera consenserit; irritus vero si non con-senserit. In fore vero externo ad judicem pertinebit hanc contro-versiam dirimere si dubium sit juris, ad juratos vero si dubium sit facti. Hanc materiam supra n. 52. et seq. exposuimus, et plures casus quibus illustratur n. 107. et seq. protulimus. Quum inter privatos dubitatur utrum contractus confectus fuerit necne, si omnino aut ex parte executioni mandatus fuerit, præsumptio stat pro validitate contractus; si vero nondum executioni man-datus fuerit, melior est conditio possidentis. Quando controversia a judice, aut a juratis dirimitur nisi manifesta sit injustitia, eorum sententiæ adhærendum est, neque potest is qui victus fuerit in judicio suum damnum existimatum per privatam com-pensationem reparare. Sed etiam quando contractus aut verbis aut scriptis conficitur necesse est ut ex his intentio partium ita deduci possit ut sit moraliter certa; quia neque judex neque ju-rati pro iis contractum inire possunt. Plura de hac materia infra ubi de contractu venditionis et emptionis in specie agetur expo-nentur.

Punctum sextum. Utrum consensus debeat esse plenus et deliberatus?

118. 4. Consensus debet esse liber et deliberatus, ea delibera-

tione quæ sufficiat ad labem peccati lethalis contrahendam. Ad contrahendam enim gravem obligationem, aut ad rem magni pretii abalienandam aut acquirendam, actus sane debet esse humanus et deliberatus, ita ut contrahens plene sciat quid agat. Etsi autem ex levitate materiæ, aut ex natura promissionis quæ v. g. in sola fidelitate niteretur, contractus nonnisi sub levi peccato obligaret, adhuc tamen perfectam obligationem in suo genere non induceret, nisi actus esset plene deliberatus, quia actus imperfectus perfectam obligationem parere non potest. Sed hæc materia melius intelligetur si pensentur ea quæ libertati aut deliberationi consensus adversantur. Quamquam autem actus non potest esse plene liber nisi cum plena deliberatione fiat, potest tamen esse plene deliberatus quamvis non sit plene liber. Quando v. g. datur christiano optio utrum sacrificare idolo velit an mortem subire, et is mavult mortem propter gloriam Dei subire, actus quo mortem eligit est perfecte liber, quia vult suam voluntatem ad voluntatem Dei perfecte conformare, qui nunc exigit ut vita quam Ipse dedit ob suam gloriam Ipsi reddatur. Si autem malit sub metu mortis sacrificare idolo, hic actus quamvis plene deliberatus est involuntarius *secundum quid*, et nullatenus ex plena libertate fit. Ratio est quia ab hoc actu utpote gravissime peccaminoso abhorret, et contra dictamen conscientiæ quæ jubet eum mortem subire, ex turpi pusillanimitate ad servandam vitam corporis animæ vitam perdit. Martyr autem qui ex amore Dei se morti tradit non solum libentissime agit, sed etiam mortem ardentissime desiderat, ut ex actibus martyrum constat. Nihilominus tamen martyres veram injuriam a persecutoribus suis passi sunt; tantummodo enim "permissive se habebant, non repugnando, et se non subtrahendo impiorum potestati, ut sic eorum malitia ad majus bonum uterentur (a)." Utique cedebant jure suo ad aversionem et indignationem habendam contra persecutores, et non solum condonabant offensam sibi illatam, sed etiam a Deo veniam petebant suis interfectoribus; sed non cedebant jure ad vitam aut ad alia bona temporalia quibus per iniquam occisionem injuste privati sunt. Potuerunt itaque stante consilio evangelico quo monemur ne resistamus malo, compensationem horum bonorum exigere.

119. Si autem actus qui sub metu gavi ponitur sit aut malus, ut in casu supra posito quando Christianus sub metu mortis sacrificat idolis, aut indifferens, ut in casu viatoris qui crumenam

(a) Lessins, lib. 2. De Just. c. 7. dub. 3. cf. etiam Lugo de Incarnatione, disp. 3. sec. 6.

suam sub metu gravi tradit latroni, ipse actus nec plene liber nec plene voluntarius est, potestque viator juste et licite retinere animum actum non ponendi si possit eum evitare, aut eum postea irritandi, omniumque damnorum quæ ex vi injuste illata passus est compensationem exigendi.

120. Secundum theologos actus quod pertinet ad voluntatem humanam, potest esse aut 1. *non voluntarius*, quando fit sine consensu sed non contra propensionem voluntatis, ut actus ejus qui occidit inimicum cujus occisionem decreverat, credens se occidere feram; aut 2. *involuntarius* quando fit contra voluntatis inclinationem, ut actus ejus qui occidit amicum credens se occidere feram. Jamvero manifestum est actus hujusmodi non sufficere ad contractum perficiendum. 3. Actus *perfecte* voluntarius dicitur quando fit ex plena cognitione intellectus et propensione voluntatis, et hic actus manifeste sufficit. 4. Actus dicitur voluntarius *imperfecte* quando is qui ponit actum retinet effectum ad oppositum, ut in exemplis supra n. 39. positis, aut quando actus ex errore aut dolo ponitur. Ex his ergo patet errorem dolum et metum præsertim opponi consensui in contractibus requisito. Quæstio itaque est utrum in contractibus sive onerosis sive gratuitis requiratur consensus *perfectus*, an ad eorum validitatem sufficiat imperfectus; seu quatenus contractus initus sub influxu erroris, doli, aut metus, irritus sit aut rescindi possit.

DISPUTATIO QUARTA.

QUID INTELLIGATUR PER SUBSTANTIAM CONTRACTUS? QUÆNAM VITIA CONSENSUI QUI REQUIRITUR AD CONFICIENDUM CONTRACTUM OPPONANTUR.

§ 1. *Quid sit substantia contractus?*

121. Ex ipsis personis contrahendi capacibus constat substantia contractus sponsalitii et matrimonialis, quando hi contractus per consensum absolutum conficiuntur. Matrimonium, nisi ex gravissima necessitate, sub conditione contrahere non licet; sed de hac materia nunc non agimus. Sponsalia vero inire licet sub conditione honesta; v. g. Caius promittit se Bertham ducturum si pater Berthæ ei dabit dotem centum librarum, et ea sub hac conditione se Caio nupturam promittit. Hæc conditio nunc pertinet ad substantiam contractus; ea enim posita contractus absolutus efficitur, ea non posita contractus irritus fit. Et tamen dos est res contractui omnino externa, et cum eo nonnisi per accidens connectitur. Ex hoc exemplo patet discrimen inter *substantiam materiæ* contractus, et substantiam *ipsius contractus*. Personæ sunt materia substantialis, dos materia accidentalis contractus sponsalitii et matrimonialis. Quilibet error circa materiam substantialem semper reddit contractum irritum et nullum. Sic matrimonium inter Jacob et Liam (a) irritum erat, quia putabat Jacob se contraxisse cum Rachel. Error vero circa materiam accidentalem contractus eum irritum ipse per se non reddit. Sic Caius ducit Bertham *quia* putat eam esse castam, nobilem, divitem, sed ea revera est corrupta, vulgaris, pauper. Error est causa contractus, qui tamen ratus et validus est; quia error non pertinet ad substantiam sed ad accidentia. Si vero contraxisset Caius ea conditione ut matrimonium esset irritum nisi Bertha esset casta, nobilis, dives, deficiente aliqua ex his conditionibus, matrimonium irritum foret; quia deesset consensus qui ad sub-

(a) Genesis, c. 29.

stantiam contractus, non vero materiæ pertinet. Sed sive error respicit ipsam contractus substantiam sive aliquam conditionem cui consensus alligatur, contractus in utroque casu ideo irritus est quia deest consensus.

122. Contractus, excepto matrimonio, etiam rati et validi, possunt non solum ex mutuo consensu, sed ob legitimam causam, ab una parte, altera nolente, rescindi. Sic Caius contractis sponsalibus absolutis cum Bertha quam putavit esse virginem castam, quum postea invenerit eam esse corruptam statim poterit contractum dissolvere. Itaque distinguendum est inter ea quæ contractum irritum faciunt, et ea ob quæ rescindi potest. Priora pertinent ad substantiam contractus, non autem posteriora; quia contractus qui non est ratus et validus rescindi non potest. Sed contractus ratus esse non potest sine sua substantia. Hic quærimus quænam ad substantiam contractus pertineant? Jam vero supra in procemio ad disputationem tertiam diximus ad substantiam contractus requiri. 1. Personas contrahendi capaces; 2. Materiam aptam; 3. Formam debitam; 4. Consensum mutuum; et quem ad modum hæ conditiones intelligendæ sint satis fuse exposuimus. Ex ibi dictis sequentes regulæ circa substantiam contractus statui possunt. Prima regula ad capacitatem contrahentium spectat. *Quandocumque alterutra pars contrahens aut ob teneram aetatem aut ob insaniam aut ob ebrietatem aut ob aliam quamcunque causam nescit quid faciat, contractus jure naturali est irritus et nullus; quando vero utraque pars naturali contrahendi potestate potitur, sed jure municipali incapax ad contractum ineundum efficitur, juris præscriptis justis saltem post sententiam semper standum est.* Prior pars evidens est; secunda ex dictis facile intelligitur. Minor e.g. qui vigesimum annum complevit et perfecto usu rationis potitur omnino incapax est ad ullum testamentum conficiendum, et si conficiat irritum et nullum habetur. Hæc ergo incapacitas substantiæ donationis per testamentum opponitur. Aliæ vero incapacitates minorum et uxorum quæ jure municip. inducuntur, ut jam vidimus, non quidem ne conficiatur contractus sed ut minus firmi, sint efficiunt, atque igitur hæ ad substantiam contractus non pertinent; potest enim minor aut uxor alteram partem constringere ad contractum implendum, et ipsum contractum, servatis debitis conditionibus, reddere ratum et firmum. Diximus his præscriptis standum esse *saltem* post sententiam; quatenus in conscientia obligent ante sententiam infra ubi de hac materia tractabimus exponetur.

123. Secunda regula materiam contractus spectat. Plures auctores substantiam materiæ cum substantia contractus confundunt; sed hoc non recte fieri manifestum est, quia v.g. capacitas

contrahentis substantiam materiæ minime afficit. Supra, n. 81. exposuimus conditiones quæ requiruntur ex parte materiæ ut in contractum deduci possit; ex ibi dictis facile intelligi potest quatenus hæ conditiones ad substantiam contractus pertineant. Sit itaque secunda regula: *Ad substantiam contractus pertinet ut materia sit in se possibilis, licita, determinata aut determinabilis, in commercio posita, propria aut contrahentis aut alterius cujus nomine agit, et ut hic potestate eam valide abalienandi potiatur.* Hæc regula satis supra exposita est. Ibi monuimus dominium quandoque transferri propter bonum publicum ab ipsa republica in contractum venditionis emptionis, quando venditor dominio rei non potitur. Dicitur contrahentem facultate potiri debere materiam valide, quamvis non licite aut ne quidem juste, abalienandi. Sic Caius post sponsalia inita cum Bertha, valide, sed illicite et injuste, matrimonium contrahit cum Maria; et Julius qui ex contractu equum suum pro equo Sylvii commutare tenetur, interim eum valide, sed illicite et injuste, vendit Petro. In hoc quidem casu, quoniam contractus est rescindibilis, si Petrus eo tempore quo equum emerit prioris contractus conscius fuerit, jure tum naturali tum municip. tenetur ex justitia contractum rescindere; si vero equum bona fide emerit pretiumque solverit, eum ex præscripto juris municip. tuta conscientia retinere potest.

124. Tertia regula respicit formam contractus. Sed quatenus fieri possit ut contractus irritus sit ex defectu formæ substantialis supra, n. 89. satis exposuimus. Quarta itaque regula respicit consensum qui ad contrahendum requiritur. Hanc materiam supra, n. 90. et seq. exposuimus. Omnes fere regulæ quæ ab auctoribus traduntur ad dignoscendum quid pertineat ad substantiam contractus circa consensum partium versantur. Sic habet Carriere (a): "*Regula 1^a. Illud censendum est de substantia contractus, cui utraque, vel alterutra pars, stricte alligat suum consensum Illudque verum est licet conditio illa nonnisi interne apponatur.*" Attamen spectato jure tum naturali tum municip. magnum est discrimen inter conditionem sive expressam sive tacitam quæ ab utroque contrahente cognoscitur aut cognosci censetur, et conditionem quæ ab altero tantummodo interne apponitur. Hæc enim conditio non solum non accipitur in foro externo, sed ne alter quidem contrahens fidem habere tenetur ei qui asserit se assensum suum tali conditioni alligasse. Itaque hæc quæstio ad usum non multum pertinet, quia is qui deceptus est executionem contractus ad præscripta juris municip. juste exigere potest. Alter vero contrahens ante sententiam contractum exsequi non tenetur; sed si non habuerit justam

causam consensum suum tali conditioni tacitæ alligandi, damna quæ eventura præviderit ex dolo suo reparare tenetur. Quando vero uterque contrahens aut expresse aut tacite in aliquam conditionem consentit, hæc conditio, absente dolo et fraude, ad substantiam contractus pertinet. Hac ratione plura quæ non pertinent *ad substantiam* rei, sed tantum ad ejus quantitatem aut qualitatem, substantiam contractus respiciunt. Quando consensus alterutrius ex contrahentibus hujusmodi conditioni alligatur, deficiente conditione, sine dubio contractus in foro conscientiæ irritus est; in dubio vero, quando contractus bona fide initus est, et æqualitas servata, pro ejus validitate standum est. In lege municip., contractus interpretantur tribunalia juris com. *stricte* secundum verba contrahentium, tribunalia autem æquitatis magis rationem habent substantialis intentionis partium. Contrahens qui jus suum secundum præscripta sive juris sive æquitatis bona fide vindicat, nullius injustitiæ reus est, et sententia prolata pars victa huic stare tenetur. Hanc materiam in procem. ad tractatum de justitia, n. 48. exposuimus. Sed vaga et generalis laudatio mercium suarum a venditore, non reputabitur a tribunalibus ut conditio cui emptor consensum suum alligaverit. Sic contractus ex jure non est irritus quanquam emptor falso affirmaverit agros suos esse feracissimos, aut Caium centum millia librarum pro iis obtulisse, etiamsi Julius hac ratione motus eos majore pretio emerit. Attamen si emptor pretium justo majus acceperit, damnum emptoris in conscientia reparare tenebitur. Sed hæc obligatio non pertinet ad substantiam contractus, sed modum eum exsequendi respicit. Et hæc distinctio spectat etiam ad conditiones quæ in contractu ineundo apponuntur; quædam enim ex iis non substantiam contractus, sed modum quo executioni mandari debet respiciunt. Hic tantummodo agimus de iis conditionibus quibus alteruter ex contrahentibus consensum suum alligaverit, quæ proinde ex dictis ad substantiam contractus pertinent.

125. Eadem distinctio occurrit circa conditiones quæ non expresse sed tacite ex jure aut consuetudine in contractu apponuntur. Sic quando Caius vendit Julio merces jam tradendas, secluso pacto speciali, tacite intelligitur Julium pretium pecunia præsentis soluturum, et si hoc non facit potest Caius contractum rescindere et merces suas Petro vendere. Dico *rescindere* potest, quia in jure municipali, servatis formis debitis, contractus ratus et validus est ante traditionem mercium aut solutionem pretii; sed si Caius revera etsi tacite noluit merces vendere pecunia non præsentis, et Julius noluit emere nisi fide, contractus ab initio irritus erat, quia mutuus consensus in idem placitum nunquam

extitit. Eodem tamen recidit præscriptum juris secundum quod pecunia non soluta Caius dominium mercium suarum sibi vindicare potest. Quandoque conditio tacita substantialis de qualitate mercium contractui inest. Sed hic distinguendum est : vel enim emptor merces inspicere potest, vel non; si eas inspicere non potest, ex præscripto juris ea debent esse bonitate qua aliæ hujus generis merces esse solent. Aliter contractus erit irritus jure tum nat. tum municip.; quia ex communi hominum sensu hæc qualitas ad substantiam contractus pertinet. Si vero vitium sit apertum, et venditor dolo aut fraude usus non sit ad id tegendum, seclusa speciali conventionione contractus ratus et validus in jure habebitur. Si vero vitium sit occultum et grave, idque ex industria occultaverit venditor, contractus ab emptore rescindi poterit. Sed in hoc casu contractus non est irritus ex errore circa substantiam, sed rescindi potest ab emptore propter fraudem, de qua plura infra dicentur.

126. Ex his ergo regula 4^a sic tradi potest : *Illæ conditio censenda est de substantia contractus cui uterque vel alteruter ex contrahentibus alligat suum consensum, aut quæ ex usu, consuetudine aut interpretatione legis requiritur ut contractus legaliter ratus et validus habeatur.* Conditio ex parte alterutrius contrahentis potest esse mere interna, sed talis conditio nullum habebit effectum in foro externo, et ne in foro quidem conscientiæ, quantum ad alterum contrahentem attinet : ut supra exposuimus.

127. Regula secunda quæ traditur a Carriere ibidem hæc est : “ Illud censendum est essenziale, cujus defectus rem reddit inhabilem ad finem intentum ab eo qui illam acquirit. Ideo enim fiunt contractus, ut res acquirantur quæ variis usibus inserviant : si his inutiles sunt, evidens est censendas esse moraliter diversas.” Hæc regula his verbis generalibus concepta manifesto falsa est. Si enim Caius equum emat a Julio ad currum ducendum, nulla hujusmodi conditione interposita, neque fine declarato, contractus erit validus quanquam equus huic usui omnino inhabilis est. Fieri quidem potest ut contractus sit irritus in foro conscientiæ, si Caius (quod supponendum non est) huic conditioni assensum suum alligaverit; sed Julius adhuc executionem contractus juste exigere potest, ut supra exposuimus. Revera hæc regula respicit aliquam rei qualitatem qua deficiente res apta non est ad usum in quem eam contrahens destinat. Itaque vel emptor antequam contractus ineatur vitium rei cognoscit vel non. In priore casu contractus omni jure ratus et validus est; in secundo casu ex præscripto juris municip. generalis regula est : *Contractum bona fide initum ex defectu qualitatis irritum non esse, neque ab emptore rescindi posse nisi*

venditor sponderit rem venditam hanc qualitatem habere, vel nisi usus, consuetudo aut interpretatio legis hanc qualitatem adesse postulat. Qualitas itaque per se sumpta non pertinet ad substantiam contractus, et hoc juris præscriptum æquitati naturali consentaneum esse videtur. Si Caius ducit Bertham quia credit eam esse virginem, quum revera gravida est ex alio viro, nihilominus valet matrimonium; quia revera ducit Bertham quam falso putat esse virginem. Utique si contractus rescindi posset, propter dolum injustum Berthæ rescindi deberet. In aliis contractibus quando Caius decipit Julium de qualitate quam ex promissione aut ex modo quo agit Caius aut ex præscripto juris, habita ratione circumstantiarum res habere debet, contractus non est irritus, quia Julius contractui stare potest si velit, sed ad arbitrium Julii rescindi potest. Quanquam vero Caius bona fide caverit rem habere quandam qualitatem quam non habet, contractus a Julio rescindi potest. Non idem tamen statuendum est, quum bona fide egerit, et quum mala fide. Quod attinet enim ad res immobiles tenetur venditor non solum occulta vitia non occultare, sed et eas manifestare, quando ab emptore mediis ordinariis detegi non possunt; si vero hæc ignoraverit venditor, utique eas manifestare non tenetur. Sic Caius parieti tectorium induxit eumque charta vestivit ad vitium quoddam tegendum, quo cognito contractus irritus declaratus est. Idem esset si Caius vitium etsi non occultasset, existere tamen tempore venditionis cognovisset; et hoc præscriptum valere censetur etiamsi domum prout tunc extitit et cum omnibus suis vitiis vendidisset(a). Similiter quum quidam navem suam venalem proscripsisset, et declarasset eam esse bonæ conditionis atque ad navigandum idoneam, eâ autem lege vendidisset ut qualis esset cum omnibus suis vitiis emeretur, quum jam in mare deducta esset ut vitia quæ venditor optime noverat ab emptore deprehendi non possent, contractus irritus declaratus est. Attamen quando res venditur qualis existit cum omnibus suis vitiis, contractus plerumque non rescinditur. Quod attinet ad res mobiles, quum emptor non exegerit cautionem [*a warranty*] de qualitate mercium, rescissionem contractus obtinere non poterit nisi probetur venditorem fraudulenter egisse(b).

128. Ex his concludi potest quatenus contractus irritus sit quia res idonea non sit ad finem contrahentis attingendum. Jam vidimus hunc defectum per se contractum irritum non efficere. Sed hic distinguendum est: vel enim emptor merces inspicere potest vel non; si eas inspicere potest, et venditor dolo usus non

(a) Cf. Lord St. Leonard's Handy Book, 13-19.

(b) Cf. Chitty, p. 420.

est ad earum vitia occultanda, contractus in jure ratus et validus habetur, nisi aliquam cautionem a venditore exegerit emptor; quia supponitur rem emisse proprio suo judicio fretus; et res sane viliori pretio venditur quum emptor nullam circa ejus qualitates cautionem requirit, quanquam ad hoc non respiciunt tribunalia, ut statim videbimus. Attamen in foro conscientiae æquitas naturalis semper servanda est, ita ut pretium justo majus non exigatur, et ut si venditor cognoscit rem esse nullius pretii aut nocivam fore emptori, ei non tradatur; alioquin sine dubio et pretium restituere, et damna reparare tenebitur. Sed si res sit emptori nociva; v. g. si animal vendatur, quod venditor morbo contagioso infectum esse cognoscat, reus doli in foro civili habebitur et ad omnia damna compensanda condemnabitur. Aliter autem erit si bona fide egerit et nullam cautionem circa qualitates dederit. Sic Caius tradito specimine luporum [*hops*] Julio cum eo paciscitur de venditione certæ quantitatis pretio statuto. Quantitas debita secundum specimen tradita est, sed propter occultum vitium quod venditor nesciebat inutiles erant emptori. Tribunalia tamen contractum ratum esse judicarunt, quia Caius quantitatem debitam secundum specimen tradidisset, et nullam aliam cautionem circa qualitatem exegisset Julius. Item Caius equum bona fide vendidit Julio, pretio non parvo accepto. Comperitum est equum morbo affectum esse quum venderetur, sed quia Caius non caverat de sanitate equi, contractus ratus et validus declaratus est (a). Attamen quoniam equus tempore venditionis, aut nullius aut minimi erat pretii, manifestum est Caium aut totum pretium aut maximam ejus partem restituere debuisse, aliter enim æqualitas inter rem venditam et pretium non servaretur.

129. Quando vero merces sub aliqua speciali descriptione venduntur, et emptori tempore quo contractus initur non datur copia quales sint examinandi, debent esse tales ut vendi possint, sicut aliæ ejusdem generis merces vendi solent. Sic Caius vendidit Julio aliquantum serici infecti [*waste silk*], quod tempore quo contractus initus est a continenti in Angliam transvehebatur.

(a) Although a sound price, as it is termed, be given for a horse, there is no implied promise or warranty that the horse is sound. Nor is there any implied warranty on an exchange of goods . . . A customer who had purchased from a wine merchant a quantity of excellent burgundy, some time afterwards procured him to exchange a portion of it for other wine: the burgundy when returned had become sour; but Lord Ellenborough held that the wine merchant was without remedy, there having been no fraud or express warranty." Chitty, p. 416.

Sed quum sericum Julio traderetur, compertum est id ut sericum infectum vendi non posse, quo probato contractus irritus declaratus est. Item Caius vendidit Julio aliquantum seminis lini Calcuttensis [*Calcutta linseed*], tale quale, ut dicunt mercatores, sed quum traditum esset, tantum aliorum seminum in se admixtum habere repertum est, ut semen lini Calcuttensis simpliciter dici non posset; quam ob rem contractus irritus declaratus est. Item Caius vendidit Julio literas cambiales [*a bill of exchange*], signo publico debito non signatas, quas peregrinas esse affirmabat. Postea vero compertum est literas Anglicas esse, ideoque nullius pretii utpote non signatas; quo probato Julius pretium pro literis solutum recuperavit. Item Caius vendidit Julio oleum rapi adventitii [*foreign rape oil*] cautione data id fore æque bonum ac specimen. Caius obtulit Julio tantundem olei rapi indigeni ejusdem bonitatis cujus erat specimen traditum. Attamen a iudicibus declaratum est contractum hoc modo a Caio impleri non posse. Item Caius vendidit navem Julio quam cupreis laminis munitam esse affirmabat; quod quidem verum erat, sed non quemadmodum loricari debuit secundum usum qui in hujusmodi mercatura observatus est: quo probato contractus irritus declaratus est, quanquam Julio ante venditionem copia navis inspiciendæ facta erat. In his casibus contractus non est irritus, sed rescindibilis eo postulante qui deceptus est.

130. Quum convenit inter Caium et Julium opificem ut hic certas merces a se confectas illi in usum specialem designatum tradat, hic *implicite* se obligat ad merces in usum designatum aptas tradendas. Sic Julius ærarius pactus est cum Caio se ei traditurum certam quantitatem cupri ad navem cupreis laminis muniendam. Repertum est cuprum a Julio traditum aptum non esse ad opus designatum, unde declaratum est Caium ad hoc cuprum accipiendum non obligari. Sed quum Julius paciscitur cum Caio cuprum tradere cuidam tertio v. g. Sylvio in usum Julio cognitum, videtur cautionem *implicitam* non intercedere inter Sylvium et Julium, et hunc, seclusa fraude, suam partem contractus implere, tradendo Sylvio cuprum consuetæ bonitatis. Item contractu inito inter Caium et Sylvium quo hic certas merces in locum longinquum transportare tenetur, si merces quum vectori traduntur aptæ sunt ad mercaturam faciendam, deteriores vero fiunt antequam Caio tradantur, emptor damnum pati debebit. Item quum Caius emit equum aliamve rem definitam et bene cognitam, secluso pacto speciali, et fraude, alter contrahens partem suam implet rem tradendo, et ipse Caius cavere tenetur ut res sit ad usum a se intentum accomodata. Ex

omnibus his casibus hanc regulam tradit Chitty (a). *Quum Caius merces emit a Julio opifice, hujus tamen judicio et peritia in his rebus æstimandis minime fretus, contractus seclusa fraude ratus et validus est quanquam merces expectationi Carii minime respondeant ; quum vero Caius tempore quo initur contractus, monet Julium, merces a se in certum usum esse destinatas, et confidit judicio ejus et peritia, is cautionem implicitam dare censetur merces fore ad modum consuetum idoneas ad usum in quem destinantur. Quando partes bona fide contrahunt, hæc præscripta tuta conscientia servari possunt.*

Itaque quum caupo pactus est cum cerevisiæ coctore cerevisiam ejus emere, tenetur hic cerevisiam salubrem et quæ vendibilis sit, ei præbere. Item in contractibus quibus emuntur cibaria initis cum iis qui ejusmodi commercium faciunt, hi tenentur ex cautione implicita cibaria salubria suppeditare. Si autem venditor commercium harum rerum non facit, contractus rescindi non potest nisi is expresse caverit vel fraudem adhibuerit, etiamsi cibaria non salubria inveniantur. Sed plerumque in his casibus venditor bona fide non agit, atque igitur damna emptoris in foro saltem conscientiæ reparare tenetur. Fieri etiam potest ex consuetudine quæ in aliquibus rebus contrahendis tenetur, ut exurgat cautio implicita res futuras esse idoneas ad usum intentum et cognitum. Sic quum Caius oves vendidisset Julio quas sciebat eum emere ut alerentur in ejus agris [*for stock*], probatum est eam esse consuetudinem in hujusmodi negotiatione ut pecudes in hunc usum destinatæ a morbo immunes esse deberent ; quo facto judices declaraverunt implicitam cautionem de sanitate ovium in hujusmodi contractibus intercedere.

131. Tertia et ultima regula quam tradit Carriere hæc est : Illud est substantiale, cujus defectus tollit omne motivum rationabile contrahendi. “Non enim supponi potest homines absque ullo motivo agere.” Sed hic distinguendum est inter motivum tantum impellens et motivum *finale*. Motivum est ratio ob quam

(a) If a man purchase goods of a tradesman, without in any way relying on the skill and judgment of the vendor, the latter is not responsible for their turning out contrary to his expectation ; but if the tradesman be informed at the time the order is given, of the purpose for which the article is wanted and the buyer relies on the seller's judgment, the latter impliedly warrants that the thing furnished shall be reasonably fit for the purpose for which it is required. And it would seem that the liability of the vendor in this latter case is the same whether he be also the manufacturer of the article or not ; and whether the vendee has or has not had an opportunity of inspecting the goods purchased, — *provided the defect be one which cannot be discovered on inspection but only on trial*. Chitty, p. 418.

quis movetur ad aliquid agendum, omittendum aut patiendum. Motivum impellens est ratio qua quis movetur ad aliquid agendum &c., ita tamen ut ad eundem effectum alio motivo principaliter moveatur. Potest esse tale motivum impellens ut eo non existente is qui eo movetur ita dispositus sit ut adhuc contractum conficeret. Sic Caius dat eleemosynam Julio pauperi quia pius est, sed etiam ita dispositus est ut eleemosynam daturus esset ut eum sublevaret, etiamsi cognosceret Julium minime pium esse. In hoc contractu motivum finale est ut sublevet miseriam Julii, impellens ejusdem Julii pietas. Si vero Caius eleemosynam det Julio heretico pauperi quia putet eum esse catholicum, aut quia Julius se catholicum esse simulet, etsi talis sit ejus animus ut veritate cognita eleemosynam nequaquam daret, donatio tamen valida est; quia Caius nihilominus misericordia erga Julium principaliter motus est, et eleemosynam absolute donavit. Similiter si Caius parvam eleemosynam dat Julio ficto pauperi, plerumque valet donatio; quia principaliter ob honorem Dei data est, et proinde quamvis fraude cognita eleemosynam non dedisset, attamen revera eam absolute dedit. In dubio vero de mente Caii si Julius eleemosynam bona fide acceperit, in ejus gratiam præsumendum est; aliter si mala fide egerit; et proinde in hoc casu ad restitutionem saltem pro dubii quantitate faciendam tenebitur vel ipsi Caio vel pauperibus secundum præsumptam Caii voluntatem. In alio casu Bertha virgo indotata centum aureos mutuos a cognato suo Caio accepit; quos quum Titio alteri cognato ostendisset dixit Caium hos sibi donaturum, si Titius totidem dedisset. Hoc audito Titius ei centum aureos numerat. Per se spectatus hic contractus ratus et validus est; quia licet Titius errore illo impulsus sit, ideo ut si deceptionem cognovisset pecuniam minime donasset, attamen motivum ejus finale videtur fuisse ut hanc pecuniam cognatæ suæ pauperi donaret.

Motivum finale est ratio qua quis ad aliquam rem agendam aut omittendam principaliter movetur, sive est sive non est aliud motivum impellens. Aliqua exempla hujus motivi jam protulimus. In casu jam proposito si Bertha falso persuasisset Titio se esse ejus consanguineam, donatio esset irrita; quia hac ratione principaliter motus est Titius ad pecuniam largiendam, et insuper hoc motivum est objecto *intrinsicum* ut statim dicetur.

132. Motivum potest esse contractui intrinsicum aut ei extrinsecum. Quando enim quis ad contrahendum movetur, motivum ita conjungi potest cum aliqua alterutrius contrahentis qualitate ut consensus ferri non censeatur in ipsum contractum nisi ea qualitas adsit, vel saltem ita ferri ut ea non existente contractus rescindi possit. Talis est qualitas consanguinitatis in casu Ber-

thæ. Quandoque vero motivum nonnisi extrinsecus et quasi per accidens cum contrahente connectitur. Sic Bertha quæ vere est pauper, se fingit piam et honestam, quum est corrupta, et Caius ejus pietate motus ex misericordia ei dotem concedit. Hæc donatio valida est, quia paupertate Berthæ movetur tanquam motivo intrinseco, dum pietate ejus nonnisi tanquam motivo extrinseco movetur. “Aliud est,” ait Molina (a), “conferentem esse in ea dispositione quod si sciret causam, propter quam confert, non subsistere non conferret; aliud vero esse in ea dispositione, quod si sciret causam non subsistere, vellet collationem nullam esse.” “Licet aliquis,” ait Layman (b), “non donasset, aut donationem irritam esse voluisset, nisi ignoranti adfuisse *qualitatis extrinsecæ*, quæ principalis et proprie finalis donandi causa non erat; nihilominus donationem subsistere. Puta, si sponsæ quæ falso existimatur virgo, magnam sponsalitiæ largitatem facias: vel alicui beneficium conferas propter sanctitatem quam habere existimatur, cum moribus improbus sit: modo is, cui beneficium confertur, ejus capax sit, atque idoneus, vel saltem se idoneum per vitæ emendationem reddere velit.” Ratio vero est quod in priore casu motivum intrinsecum et finale largitatis est qualitas sponsæ, virginitas vero est motivum tantummodo extrinsecum et impulsivum; in altero vero casu beneficium absolute datur modo is cui confertur sit dignus (hoc enim exigit bonum publicum), etsi conferens cognita veritate beneficium ei minime contulisset. “Præterea,” ait idem auctor (c), “si alicui personæ *absolute* dones, licet cum proposito conciliandi ejus animum, ut in fornicariam copulam, vel in matrimonium consentiat; ut pecuniam mutuo det, juste vel injuste judicet; statim valet donatio, nec revocari potest, etsi voluntati tuæ non satisfiat. Tametsi enim hæc fuerit causa impellens ad donandum, non tamen *sub tali causa, tanquam virtuali conditione*, donasti, sed *absolute et simpliciter*: esto minime donasses, si talem causam non existere, vel non extitutam scivisses. Quod si vero donatio, legatum factum sit sub causa finali et principali, *adeoque tanquam sub virtuali conditione*, ea non existente, omnino corrui.” Ratio est quia consensus in his casibus est virtualiter conditionalis, saltem sub conditione resolutoria, ita ut motivo finali deficiente contractus rescindi possit.

133. Ad dignoscendum utrum aliquod motivum sit finale an tantum impellens, videndum est 1. utrum sit intrinsecum au

(a) Tom. 1. tr. 2. disp. 209. § hoc loco. (b) Lib. 3. de Just. tr. 4. c. 5. n. 3.

(c) Ibid. n. 4.

extrinsecum; et qualis sit natura contractus; quia revera eatenus contractus irritus est, aut rescindi potest, eo quod non existit ejus motivum finale, quatenus hic defectus reddit contractum conditionalem, ut jam exposuimus. In quibusdam vero contractibus hujusmodi conditiones poni possunt sine incommodo, nempe in promissionibus gratuitis in quibus defectus motivi finalis sæpe inveniri potest. Sic Caius promittit se daturum centum libras Berthæ consanguineæ pauperi; si re adhuc integra ipsa fit dives vel ipse pauper, jure naturali hanc pecuniam solvere non tenetur, et jure nostro tales promissiones per contractum simplicem factæ nullam obligationem in foro civili pariunt. Rebus vero traditis non facile potest contractus etiam unilateralis dissolvi. In casu proposito si pecunia soluta esset dum Caius erat dives et Bertha pauper, donatio rata et valida esset, neque posset Caius eum irritum reddere propter subsequentem fortunæ mutationem. Si vero talis mutatio accidisset antequam pecunia tradita est, ut Caius hanc summam sine gravi incommodo solvere non posset, vel si Bertha ita dives eo tempore facta esset ut hujus pecuniæ nullo modo indigeret, quanquam pecunia soluta est priusquam mutatio alterutri parti cognita est, jure solo naturali spectato contractus irritus esset ob defectum motivi finalis, quo motus voluit Caius Berthæ paupertatem ex suis divitiis superfluis sublevare. Attamen hæc donatio rata esset ex jure nostro, et huic præscripto, quod ob bonum publicum latum est, in justitia stare posset Bertha, quæ tamen ex gratitudine et caritate Caio subvenire teneretur. Similiter quoniam hæc donatio facta est Berthæ non tantum ut pauperi sed etiam ut consanguineæ Caii, si ejus consanguinea non esset, donatio jure nat. esset irrita, jure vero municip. esset rata, nisi facta esset ea conditione ut Bertha esset Caii consanguinea, aut nisi ipsa fraudulenter persuasisset Caio se esse ejus consanguineam. In hoc casu contractus irritus propter fraudem haberetur.

Quod attinet vero ad contractus bilaterales, seclusa fraude, raro irriti effici possunt propter defectum motivi finalis. Si enim motivum sit extrinsecum, ut si Caius emit equum a Julio quia falso ei nuntiatum sit proprium suum equum interisse; si hoc motivum aut non manifestaverit Julio, aut manifestaverit, sed Julius id verum esse putaverit, contractus ratus et validus est, quia motivum in hoc casu est prorsus extrinsecum et accidentale, et idem propter eandem rationem dicendum est etiamsi Julius cognoverit rumorem de morte equi esse falsum, modo tamen is rumorem fraudulenter non sparserit. Ratio horum omnium est quod quando homines absolute contrahunt, con-

sensum præstare censentur secundum naturam contractus, habita ratione earum rerum quæ ob bonum commune et securitatem convictus humani ex communi sensu et iudicio hominum requiruntur. Quando vero motivum propter quod contractus initur intrinsecum est, ut si Caius agros suos Julio vendat pretio dimidiato quia credat Julium esse suum consanguineum, contractus irritus est ex jure nat. si Caius agros non venderet omnino nisi suo consanguineo; si vero eos venderet, pretio tamen summo exacto, Julius aut agros restituere aut alteram dimidiam pretii partem solvere tenetur. Ut autem contractus irritus haberetur in jure nostro, necesse esset ostendere Caium agros vendidisse ea conditione si emptor esset ejus consanguineus, aut Julium ei fraudulenter persuasisse se esse ejus consanguineum. Similiter si Caius falso persuadet Julio suum amicum Sylvium quem magna benevolentia complectitur, velle certos agros Julii emere; et Julius hanc ob causam agros vendit Caio qui eos quasi pro Sylvio accipit, contractus in hoc casu etiam ex jure municipalis est irritus, si propter ea quæ ementitus est Caius pretium imminutum est; et probabilissime etsi summum pretium solutum est, nisi Sylvius Caio faveret, agros vel in unum diem accipiendo. Tunc enim contractus ratus esset, etiamsi agros proximo die Caio abalienaret (a).

Exempla plura quæ a theologis in hac materia proferuntur ad rem non faciunt. Sic in exemplum donationum quæ irritæ sunt ex defectu motivi finalis hæc profert Layman (b): "Putas si alicui donatum sit ad peregrinationem, ad exsequendum negotium; vel in dotem propter nuptias, quæ postea non sequantur." Sed revera hi contractus sunt bilaterales, et irriti sunt, jure etiam nostro, quia pretium ex parte accipientis danti solutum non est. Carriere etiam (c) in exemplum contractus qui deficiente motivo finali irritus est, donationem causa matrimonii factam matrimonio non secuto profert. Iterum profert exemplum cujusdam viri, v. g. Caii, qui se obligat ad debitum solvendum quod jam solutum est, aut legatum quod revocatum est; sed in his casibus Caius non vult aliquam novam obligationem ex contractu suscipere qui non obligat, quia motivum finale deficit, sed ex ignorantia facti falso putat se jam obligatum esse ad debitum et legatum solvendum.

(a) Cf. Lord St. Leonards' Handy Book, p. 44.

(b) Loc. cit. n. 4.

(c) De Contractibus, n. 59.

§. 2. De vitiis consensui contrahentium oppositis: id est, de errore, dolo, et vi seu metu agitur.

Punctum primum de errore.

134. Error est falsum de aliqua re iudicium. Differt igitur ab ignorantia, quæ est debitæ scientiæ absentia, et a nescientia quæ est absentia scientiæ non debitæ, quia hæc nullum iudicium intellectus supponunt. Sed in præsentī materia error, ignorantia, et nescientia æquiparantur et eisdem principiis reguntur. Error ut ex dictis patet versari potest 1. circa rei substantiam, ut si emas vitrum putans esse gemmam; 2. circa speciem contractus, ut si putes aliquid tibi donatum quod venditum est; 3. circa materiæ qualitatem aut accidentia, ut si putes equum velocem qui tardus sit; 4. circa personam quacum contrahitur; 5. circa motivum seu rationem contractus, ut si dones aliquid Caio quia putas eum pauperem esse quum dives sit.

135. Error est aut *antecedens* seu *dans causam contractui*, aut *incidens* seu *concomitans*. Error antecedens is est qui est causa contractus, ita ut errore sublato contractus non iniretur. Potest causam dare contractui aut positive, ut si Caius ideo vinum emat quia vetus esse credit, quum novum sit; aut negative, ut si in contrahendo emptor non cogitet vetusne sit vinum an novum, sed si cognosceret esse novum nequaquam emeret. Error incidens seu concomitans est ille, quo quidem laborat contrahens, sed eo cognito aut iisdem aut aliis conditionibus contraxisset. Sic si Caius emat vinum novum quod putat esse vetus, sed tamen cognito errore novum libenter emeret, error est incidens. Si cognito errore idem pretium daret, error est *pure* incidens; si vero emeret imminuto tamen pretio, error non est pure incidens. Error est aut vincibilis aut invincibilis; prior adhibitis mediis ordinariis et diligentia ordinaria removeri potest; posterior mediis ordinariis removeri non potest. Error est aut juris aut facti; error est juris municipalis si putes traditionem rei mobilis ad validitatem legalem donationis non esse necessariam, nisi tamen donatio fit per factum, quo casu traditio non requiritur; error est facti si rem tibi donatam credas, quæ tamen tibi vendita est.

136. His præmissis dicendum est 1. sola lege naturali spectata errorem juris irritare contractum eodem modo et in eisdem circumstantiis in quibus eum irritaret error facti: in jure vero nostro, vel ex errore juris forma contractus substantialis servata non est,

vel quis aliquid facit vel se obligat ad aliquid faciendum aut omittendum, quia falso putat se hoc facere ex præscripto legis teneri, vel denique ex errore juris se obligat legaliter ad aliquid agendum, &c., quod ex jure naturæ tantum facere tenetur. In primo et secundo casu contractus ex errore juris initus irritus est, in tertio ratus et validus. In primo enim casu quando forma substantialis contractus a jure præscripta servata non est, contractus in foro civili aut est irritus, aut hujusmodi qui a tribunalibus irritus declarabitur. In secundo casu Caius v. g. legat centum libras Julio, sed testamentum quia duo testes ei nomina sua non subnotarunt, in jure irritum est. Moritur Caius, et Sylvius filius ejus et testamenti exsecutor, putans legatum validum esse, hanc pecuniam Julio solvit aut solvere paciscitur. Ex errore juris pecunia soluta est, aut consensus datus, et cognito errore potest Sylvius pecuniam repetere, et contractum exsequi recusare. Hæc præscripta juris obligant saltem post sententiam, ut infra exponetur. In tertio casu, Caius v. g. ex simplici contractu debet centum libras Julio, sed quia a tempore quo hæc pecunia primò debita est sex anni jam elapsi sunt, Julius actionem ad eam vindicandam intendere nequit. Caius ex ignorantia sive juris sive facti scripto instrumento hoc debitum Julio solvere paciscitur. Quanquam consensus ex ignorantia datus est, lex Caium coget debitum solvere. Iterum Caius se obligat per factum [*deed*] ut centum libras Julio donet, ex errore putans talem contractum non discrepare a contractu simplici, ex quo in simili casu nulla oritur obligatio legalis; attamen non obstante hac ignorantia juris, seclusa fraude apud judices promissionem exsequi cogetur. Ratio discriminis est quod in primo et secundo casu res solvitur aut obligatio suscipitur *contra* præscriptum juris; in tertio nihil fit contra jus, sed solummodo suscipitur obligatio legalis ad aliquid faciendum ad quod jure naturali quis jam obligatus est. Ex his satis intelligi potest quodnam, in contractibus conficiendis, discrimen inter effectus erroris juris vel facti intercedat (*a*).

137. 1. Omnis error sive antecedens sive mere concomitans circa *rei substantiam* aut *speciem* contractus irritat contractum; quia partes contrahentes in idem placitum non conveniunt. 2.

(*a*) "Nor does a misrepresentation as to the *legal effect* of an agreement avoid the same, as against a party who has been induced by such misrepresentation to enter into it; for every man being supposed to know the legal effect of an instrument which he executes, such misrepresentation must be taken to be of a matter within his own knowledge. It would seem, however, that a failure of consideration may be shown to have arisen, as well from a misrepresentation of a matter of law, as from a misrepresentation of matter of fact." Chitty, p. 628. et in notis *ibid*.

Error accidentalis mere concomitans aut dans causam contractui negative eum non irritat. Error mere concomitans nunquam irritat contractum; si enim irritaret, res ita se haberet vel ob defectum consensus, vel ob injuriam illatam; non vero ob defectum consensus; quia emptor v. g. videt et cognoscit equum quem emit, et errat tantum circa qualitatem velocitatis. Si vero consensus sit absolutus ut suppono, talis error non obstat ne contractus venditionis emptionis absolute ineatur: neque propter injuriam; quia ex hypothese cognito errore contractus eodem modo initus esset. 3. Idem fere dicendum est de errore non pure concomitante; consensus enim adest, quoniam contrahens qui errore laborat in contractum absolute consentit, et etiam cognito errore adhuc contraheret, aliis vero conditionibus. Neque irritus est ob injuriam, quia quoniam nullus fuit dolus nulla injuria illata est. Neque potest hic contractus rescindi ad arbitrium ejus qui ex errore hoc modo contraxit; sed solummodo tenetur venditor v. g. minuere pretium, quando certo cognoscit emptorem ex errore pretium justo majus solvisse. Sed nisi fuerit dolus, aut alterutra pars ex improvise [*by surprise*] contraxerit, lex municipalis nullum remedium in hoc casu præstabit; quatenus autem possit esse obligatio ex lege naturali, ex iis quæ infra de pretio agentes dicemus cognoscetur. 4. Error dans causam contractui negative, id non irritat; non ex defectu consensus, quia is qui ex tali errore contrahit nihilominus absolute contrahit, et tantummodo ea mente erat ut veritate cognita non contraxisset. Neque propter injuriam, quia si nullus intercesserit dolus ex parte alterius contrahentis, nulla existit injuria; sed si aliqua sit inæqualitas, utique hæc compensari debet. 5. Error accidentalis dans causam contractui positive contractus onerosos non irritat. Non ex defectu consensus, ut patet ex exemplo matrimonii quod valet quando v. g. Caius ducit Bertham quia putat eam divitem esse quum revera est pauper; et ex eodem exemplo patet contractum non esse pleno jure irritum propter injuriam aut incommodum quod quis ex proprio suo errore patitur.

138. Alia autem quæstio est quatenus talis contractus rescindi possit ab eo qui ex errore contraxerit. Magna confusio in hac tota materia apud multos auctores existit, quia eodem fere modo loquuntur de errore et de dolo (a). Attamen etiam solo jure naturali spectato magnum existit discrimen inter contractum cui causam dedit positive merus error accidentalis et eum cui causam dedit dolus alterius contrahentis; quia is qui dolo usus est,

(a) Cf. S. Alph. de vii. præcep. n. 714. et seq. et auctores ab eo allatos.

omnia damna quæ ex ejus dolo proveniunt reparare tenetur, quod minime verum est de eo qui alium ex errore invincibili deciperit. "Supponendum secundo," ait Lugo (*a*), "contrahentem decipi posse, . . . vel ab altero contrahente, vel ab alio tertio absque culpa, vel participatione alterius contrahentis, vel etiam a seipso, qui per proprium errorem putavit, rem illam meliorem vel utiliore esse, et ideo illam emit, . . . aliàs non empturus. Rursus quando ab alio decipitur, et non a seipso, potest id fieri cum culpa, vel sine culpa decipientis, et licet æque minuat voluntarium una ac altera deceptio, non tamen parit eandem obligationem in decipiente. . . . Si a seipso solo deceptus est (contrahens), etiamsi deceptio dederit causam contractui; non potest ex hoc capite contractus dissolvi, sed sibi imputet, nisi error fuisset circa substantiam. Si vero ab alio tertio deceptus est, et ideo contraxit aliàs non contracturus, aliqui dicunt contractum esse irritum; . . . alii esse quidem validum, sed posse rescindi a contrahente decepto; . . . alii tamen melius dicunt contractum esse validum, nec posse a decepto rescindi. . . . Ratio autem ex dictis colligitur, quia totum jus ad rescindendum eum contractum, provenit ex injuria decipientis; ergo totum illud jus est adversus decipientem; quando ergo contrahens non decipit, nec particeps fuit doli, nullum est jus adversus illum, sed solum adversus tertium qui dolose decipit. Quod si neque ipse malitiose id fecit, sed deceptus a seipso vel absque culpa, ad nihil etiam ipse tenebitur, saltem in foro conscientiæ (*b*)."

139. Ex supra expositis patet his principiis omnino conformia esse præscripta juris nostri; declaravimus etiam quatenus propter errorem circa qualitatem sive rei sive personæ ex ejusdem principiis et ex jure naturali promissiones gratuitæ, donationes et contractus bilaterales aut irriti sint aut rescindi possint. Error circa ipsam personam irritat matrimonium quia ad substantiam hujus contractus attinet. In aliis contractibus onerosis merus error circa personam contractum non facit irritum; quia plerumque nihil interest contrahentis quis sit quocum contrahat; et præterea in hoc negotio usitatissimum est ut unus vicem alterius gerat. Attamen supra attulimus casum in quo contractus rescindi potest non quidem propter errorem sed propter fraudem circa nomen emptoris. Præterea si Caius recuset res suas vendere Julio nisi præsentem pecuniam, et is res emat nomine Sylvii cui Caius libenter pecunia haud præsentem venderet, necesse erit ut Julius tum quum emat pretium persolvat. Aliter enim Caius

(*a*) Disp. 22. n. 68.(*b*) Ibid. nn. 83. et seq.

contractum rescindere poterit. Similiter error circa personam potest esse substantialis, ut si Caius velit emere certam tabulam ab ipso Raphaele pictam, aut Julium celebrem jurisperitum, et non alium adhibere suæ causæ patronum. In his enim casibus consensum personæ alligat, et si erret circa personam consensus deficit. Aliter vero esset si in primo casu emptor emere vellet hanc tabulam quam propria peritia fretus falso credit ab ipso Raphaele pictam, quanquam merum exemplar sit. Hic enim error solummodo dat causam contractui, et proinde contractum irritum non reddit, et si pretium sit justum, venditor in conscientia id exigere potest. Et nisi interrogetur non obligatur monere emptorem de suo errore etsi eum animadverterit, neque fidem habere tenetur emptori, si is postea asserat se assensum suum huic conditioni alligasse. In jure nostro hic contractus ratas et validus esset, nisi venditor tabulam ab ipso Raphaele pictam esse spopondisset; et seclusa fraude, et justitia circa pretium servata, huic præscripto in conscientia stare potest venditor. In iis etiam societatibus [*partnerships*] coeundis, ut operæ forensis, mercationis, &c., in quibus res ab omnibus sociis geruntur, error circa personam substantialis est; quia utrum prospere societati processurum sit an male ex peritia et integritate sociorum singulorum pendet. Error circa personam plerumque irritat contractus gratuitos. Promittit Caius se aliquid donaturum homini cuidam quem falso putat esse Julium; promissio plerumque ipso jure naturæ est irrita. Donat Caius centum libras Sylvio, quem falso putat esse Julium; donatio similiter est plerumque invalida; et quanquam Sylvius non semper tenetur credere Caio asserenti se voluisse pecuniam donare Sylvio, attamen si revera hoc cognoscat tenetur in conscientia hanc pecuniam restituere, etsi seclusa fraude cogi non potest apud iudices hoc facere. Diximus hos contractus plerumque esse irritos; quia si promissio data esset, aut donum traditum non præcipue propter personam sed propter aliam causam, v. g. ad eleemosynam faciendam, contractus esset ratas.

Quatenus error circa qualitates irritare possit contractus gratuitos reales, satis ex supra dictis constat, et infra latius exponetur, ubi de promissionibus gratuitis et donationibus in specie agemus.

Punctum Secundum.

De Dolo.

140. Dolus in præsentī materia est: *Machinatio vel calliditas adhibita ab una parte contrahente ad alteram fallendam.* Dicitur

machinatio vel calliditas, quia potest quis alterum decipere aut verbis aut actibus, et tunc dolus est *positivus* qui *machinatio* appellatur; vel potest deceptio provenire ex culpabili et injusta reticentia veritatis, et hic dolus est *negativus* qui *calliditas* dicitur. Potest autem dolus existere ex parte utriusque contrahentis aut unius tantum; et provenire potest aut ex altero contrahente aut a tertia persona. Quoniam omnis contractus necessario exigit conventionem duorum vel plurium in idem placitum, manifestum est consensum utriusque partis accipiendum esse eo in sensu quo cognoscat eum *ab* altera intelligi et accipi. Hoc præsertim observandum est quando agitur de contractibus bilateralibus, de quibus solis hic agimus. Non enim accipiendus est consensus secundum sensum quem intendit alteruter ex contrahentibus, quando is cognoscit eum in hoc sensu ab altero contrahente intellectum non esse. Sic Temures pactum fecit cum militibus præsiariis qui Sebasten occupabant, ut urbem dederent ea conditione, ne quid sanguinis effunderetur. Urbe dedita Temures omnes milites præsiarios terra vivos obruendos curavit. Hunc sensum utique voluit ipse Temures, sed bene intellexit milites præsiarios pactum in alio omnino sensu accepisse. Manifestum est Temurem summi doli et iniquitatis injustæ reum fuisse (a). Dolus potest esse aut *effectivus* aut tantum *affectivus*. Posterior est quum vult contrahens alterum contrahentem decipere, sed tamen eum non decipit: prior est quum eum decipit, et proinde ejus consensus ex errore procedit. Error ex dolo alterius contrahentis potest esse circa rei vel contractus substantiam; vel causam dare potest contractui positive vel negative; vel potest esse pure incidens. Error ex dolo proveniens a fortiore reddit contractum irritum, aut hujusmodi ut rescindi possit, quando error simplex hæc efficeret. Sed error ex dolo proveniens qui non versatur circa rei aut contractus substantiam, sæpe efficit ut is qui deceptus est contractum rescindere possit, quando error simplex hunc effectum minime haberet. Ratio est, quia secundum effatum juris; *nemini fraus sua patrocinari debet*. Insuper quando error qui causam dat contractui *positive* provenit ex dolo positivo, is qui decipitur sæpe consensum suum alligat tacite et virtualiter qualitati quæ falso et dolose adesse ab altero contrahente declaratur, ut infra exponetur.

Hinc 1. Error ex dolo alterius contrahentis proveniens non

(a) Paley's Moral Philosophy, book iii. c. 5. et cf. Chitty, p. 72. ubi ait: "This rule appears to be as true in law as in ethics; the maxim being, that the proper interpretation of every instrument is that which will make it speak the intention of the parties at the time it was made."

solum circa rei aut contractus substantiam, sed etiam circa qualitatem cui is qui deceptus est consensum suum tacite et virtualiter alligat contractum irritum facit. Error quidem sine dolo contractum irritum in his casibus redderet, et præcipuum discrimen inter errorem simplicem et errorem ex dolo alterius contrahentis in hoc consistit, quod is qui dolose agit tenetur damna quæ ex suo dolo proveniant reparare, ad quod is qui bona fide agit minime tenetur. 2. Error accidentalis incidens, aut tantum dans causam contractui etiam positive, ex dolo positivo alterius contrahentis proveniens contractum irritum non reddit. Si enim contractus irritus esset, illud fieret vel ex defectu consensus, vel ex injuria quæ ex dolo provenit. Sed neutrum dici potest: non prius; quia contrahens vere consensit, et tantummodo cognita veritate non consensisset; non secundum; quia spectato jure naturali quando consensus absolute datus est, nullus error circa qualitatem, ne ex dolo quidem positivo proveniens, contractum irritum reddit. Hoc probatur ex exemplo matrimonii. Quando enim Caius absolute ducit Bertham quæ falso at dolose declaravit se esse virginem, nobilem, divitem, quum revera est corrupta, vilis, pauper, matrimonium omnibus fatentibus ratum et validum est. Ratio a priori est, quod hic error quantumvis ex dolo Berthæ proveniat, non versatur circa substantiam sed tantum circa qualitatem materiæ contractus; sed hujusmodi error non obstat, ne utriusque consensus circa idem placitum conveniat. Præterea eatenus contractus irritus esset quatenus hoc necessarium esset ad injuriam reparandam; sed hoc (matrimonio excepto de quo non tractamus) necessarium non est, quinimmo meliore modo fieri potest reparatio si detur ei qui injuriam passus est potestas contractum aut irritandi aut confirmandi secundum suum arbitrium. 3. Error dans causam contractui positive, et ex dolo positivo alterius contrahentis proveniens reddit contractum rescindibilem ad arbitrium ejus qui deceptus est. Deceptor enim tenetur dolum remove, et in quantum potest reponere deceptum in eo statu in quo esset si deceptus non fuisset. Sed hoc exigit ut contractum rescindere possit si ita velit; si enim deceptus stare contractui teneretur, deceptor commodus adhuc ex suo dolo percipere permetteretur. Diximus in quantum potest; quia contractus matrimonialis semel valide initus, a contrahentibus nunquam rescindi potest: diximus 2. deceptum contractum rescindere posse; quia manifestum est hoc fieri non posse a deceptore qui nullam injuriam passus est. Præscripta juris nostri huic doctrinæ conformia sunt ut statim videbimus. Quidam tamen auctores docent hos contractus spectato solo jure naturali esse irritos, atque ideo deceptorem his stare non teneri, sed tantum-

modo adstringi necessitate injuriam reparandi (a). Præcipuum fundamentum hujus opinionis illud est, quod contractus bilateralis ratio necessario exigit ut aut utraque pars aut neutra ad contractum observandum obligetur. Sed revera utraque pars contractum servare tenetur quamdiu existit. Sic Julius dolo Caii qui causam dat contractui ad merces emendas inductus est. Tenetur non solum Caius sed etiam Julius contractui stare, quantum justitia exigit, quamdiu contractus existit. Itaque si Julius nunc merces accipere velit, contractum servare tenetur, pretio tamen imminuto, si majus justo ex dolo Caii promissum aut solutum sit. Sed si contractui stare non velit eum rescindere potest propter dolum Caii; contractus enim qui ex sua natura dissolubilis est, ratus et validus esse potest, cum conditione resolutoria potestativa, vi cujus una tantummodo pars, altera nolente, contractum rescindere possit. Sic Caius equum suum vendere potest Julio pecunia præsentī, ea conditione, ut nisi alium equum quem exspectat ante finem mensis acceperit, ipse possit pretium reddere, et equum iterum sibi vindicare. Hic sane contractus ratus et validus est, et tamen nisi Caius accipiat alium equum ante finem mensis, contractum ad suum arbitrium confirmare aut irritum reddere potest. Aliquid simile fit in matrimoniis infidelium, quando una tantum ex partibus ad fidem conversa est, et pars infidelis aut decedit, aut cohabitare quidem vult sed non sine contumelia Creatoris, aut non sine periculo ne compartem ad peccata mortalia inducat. Tunc enim integrum est parti conversæ vinculum dissolvere novas nuptias celebrando; sed hoc facere minime tenetur, et quamdiu ea novum matrimonium non contrahit, vinculum firmum et indissolubile ex parte infidelis permanet. Non itaque jure solo naturali spectato repugnat naturæ contractus ne bilateralis quidem ejusmodi conditio, ut una tantummodo pars ex rationabili causa eum dissolvere aut confirmare possit; neque necesse est dicere cum Sanchez deceptorī ex jure positivo resilire non permitti in pœnam sui doli, quamdiu deceptus contractui stare velit. Itaque minus probabilis est opinio quam is propugnat (b) de sponsalibus, deceptorem cujus dolus positivus causam dedit contractui “liberum esse a fide sponsalium, nisi aliud damnum secutum sit,” quo casu “in pœnam fraudis cogi potest stare sponsalibus, volente altero: cum tamen hæc pœna sit, judicis sententiam desiderat: et ratio est quia contractus sponsalium claudicare nequit.” Sed ad hanc rationem jam respondi-

(a) Cf. Sanchez de Mat. lib. 1. disp. 64. n. 3.; et lib. 4. disp. 15. ubi late hanc sententiam defendit.

(b) Ibid. Lib. 1. disp. 64. n. 3.

mus contractum quidem esse validum, sed deceptum habere potestatem eum irritandi; aliter enim perfecta æqualitas non servaretur, quia non poneretur in statu in quo esset si deceptus non esset. Alium vero casum de matrimonio ex metu gravi et injusto contracto recte resolvit Sanchez (a) qui docet hoc matrimonium ex utraque parte esse prorsus irritum, et proinde si is qui metum injuste incusserit resiliat antequam altera pars libere consenserit, non tenebitur matrimonio stare nisi in quantum hoc necessarium sit ad injuriam reparandam, aut per modum poenæ a judice juste impositum sit. Ratio vero est, quia metus injustus est impedimentum dirimens quod matrimonium omnino irritum reddit.

141. Ex definitione doli patet ad eum constituendum non sufficere culpam legalem seu juridicam, sed requiri culpam theologicam gravem; quia jus rescindendi contractum in fraude injusta et culpabili alterius contrahentis omnino niti-
tur. “Quod tamen,” ait Lugo (b), “intelligi debet primò, ita ut reducatur contractus ad debitam æqualitatem, ut si fortè pretium acceptum est propter emolumentum illud, quod putabatur emptori secuturum: debet enim excessus pretii super justum restitui. Secundo, nisi expresse, vel tacite se obligasset contrahens ad illam qualitatem verificandam, assecurando rem talem esse: tunc enim etiamsi absque culpa decepisset, obligaretur ex contractu ad dissolvendum illum, volente decepto, quia jam ea lege contraxisse videtur.” Sed non supponimus consensum partis quæ decipitur esse conditionalem, quia tunc contractus esset pleno jure irritus, sed esse absolutum, ita tamen ut si qualitas dans causam contractui quam alter contrahens etiam inculpabiliter adesse sponderit, non adsit, contractus ab eo irritari possit. Duplici itaque modo potest contractus reddi rescindibilis propter errorem qui dat causam contractui; 1. quando hic error provenit ex dolo positivo (de negativo infra agemus) alterius contrahentis; et 2. quando alter contrahens falso sed inculpabiliter quandam qualitatem quæ causam dat contractui spondet adesse. His principiis fere conformia sunt præscripta juris municip., ex quibus contractus irritari non potest propter dolum vel fraudem, nisi probetur eam fuisse aut vere aut ex sententia legis culpabilem; quod non requiritur quando deficit conditio quam alter ex contrahentibus adesse sponderit. Itaque ut contractus propter fraudem apud judices rescindi possit, necesse est ut probare possit petitor 1º ea quæ de aliquo facto altera pars affirmaverit esse falsa et ex fraude dicta; aut quanquam ea esse falsa non cognoverit, attamen hæc in dubio de

(a) De Mat. lib. 4. disp. 15. n. 5.

(b) De Just. disp. 22. n. 81.

eorum veritate ex animo decipiendi affirmasse, quum revera falsa essent; aut denique etsi ea vera esse putaverit, attamen esse falsa aut ex officio cognoscere debuisse, aut antea cognovisse et nunc recordari debuisse. In hoc ultimo casu adfuisse fraudem quæ sufficit ad contractum irritandum, tribunalia saltem æquitatis iudicabunt. Necesse est 2° ut pars decepta consensum suum ex fraude dederit. Antea enim sæpe monuimus non omnem falsam affirmationem contractum rescindibilem reddere, sed eam tantum quæ causam dat positive contractui (a). Quando vero alteruter ex contrahentibus spondet de existentia cujusdam conditionis aut de veritate quarundam rerum sive explicite sive implicite, nullatenus necessaria est culpa theologica ut contractus rescindi possit; quia hæc qualitas aut factum tunc fit pars ipsius contractus, saltem eo in sensu ut si non existat contractus rescindi possit. Sic Caius spondet sclopetum quod vendidit Julio in suum suorumque filiorum usum integrum et bene confectum esse. Hac fide fretus Petrus Julii filius sclopeto usus est, sed statim diruptum est, Petrumque vulneravit. Sponsio ad Petrum nullomodo attinebat, et proinde nisi Caius fraudulenter egisset nulla actio ad damni compensationem obtinendam ei a Petro intendi potuit. Sed probatum est Caium cognovisse sclopetum integrum et bene confectum non esse, et ideo damna quæ passus est Petrus reparare coactus est. Sufficit pactum implicitum ut aliqua qualitas aut factum fiat pars contractus, ita ut ea deficiente contractus rescindi possit. Sic in contractibus assecurationis [*insurances*] instrumentum scriptum [*the policy*] quo una pars spondet se propter certam pecuniam acceptam, quæ præmium dicitur, casu quodam eveniente, alteram partem indemnem præstiturum, aut certam summam soluturum, conceditur ex contractu implicito ut assecuratus omnia facta gravis momenti quæ ad hoc pactum attinent assecuratori manifestet. Ad juratos autem pertinet declarare utrum aliquod factum sit gravis momenti necne; et si factum aliquod non manifestatum gravis esse momenti declaratum fuerit, assecuratus nihil ab assecuratore obtinebit. Si autem qualitas aut factum pars contractus ex pacto explicite vel implicito non est, ejus omissio sine fraude, contractum irritabilem non efficit, etiamsi positive causam dederit contractui. Sic in instrumento quo expositæ sunt conditiones cujusdam societatis [*the prospectus of a joint-stock company*] declaratum est totam sortem constare ex 60,000 partibus [*shares*] quæ singulæ 25 libris valebant. Sed quum Caius instrumento conventionis subscripsit,

(a) "But a Court of Equity will not rescind a contract on the ground of fraud without the clearest proof of such fraud; nor unless it appear that the contract was based on the misrepresentations complained of." Chitty, p. 626.

pecunia quæ in modum pignoris [*deposit*] ab iis qui nomina sub-
scribunt exigitur, pro 18,000 partibus tantum soluta est: de
qua re certior factus non est Caius quando instrumento sub-
scripsit, et propterea actionem magistris societatis intendit ad
pecuniam quam ipse pignori dedit exigendam. Caius declaravit
se putasse omnes fere partes assignatas esse et pignus earum
ratione debitum solutum. Iudices adversus Caium pronunciarunt,
quia fieri potuisset ut magistri societatis bona fide existimarent
alios postea nomina sua daturus, ita ut omnes partes inter socios
distribuerentur.

142. In alia vero re quum Caius quædam facta Julio decla-
rasset, unde is ad contrahendum adductus est; et antequam
contractus initus est, facta, sciente Caio, multum mutata sunt,
quam rem is Julio non manifestavit, contractus petente Julio
rescissus est. Item Caius debebat Julio grandem pecuniam, quam
is falso putabat Caium solvere non posse. Hoc sciens Caius
veram facultatum suarum conditionem Julio non manifestavit,
sed passus est eum cum ipso compositionem quæ dicitur confi-
cere, qua Julius se obligavit ad certam partem debiti loco totius
accipiendam. Iudices declaraverunt factum compositionis irritum
fuisse, et integrum esse Julio actionem intendere ad totum debi-
tum exigendum. Item quum Caius tabernam venditurus falso
declarasset Julio qui eam empturus erat certa lucra in singulos
annos ex eo percepta esse; et Julius, sciente Caio, hoc indicasset
Sylvio qui eam emit, venditio propter fraudem quæ facta est
Caio rescissa est. Quædam etiam circumstantiæ quæ per se solæ non
efficiunt ut contractus rescindi possit, simul cum aliis circum-
stantiis multum valere possunt ad ejus rescissionem apud iudices
obtinendam: talis est inæqualitas pretii, aut si contrahens sit
stultus, etsi non omnino mentis non compos.

143. Ex dictis patet merum silentium dolosum, ut quum Caius
scienter permisit Julio accipere partem debiti pro toto, quia hic
falso putabat Caium totum debitum solvere non posse, causam
dare posse contractui *positive*, eumque rescindibilem reddere.
Quando vero error ex dolo negativo non dat causam contractui
nisi negative, plerumque docent theologi contractum rescindibi-
lem non reddi, quia non deest consensus neque est error causa
contractus. Tantum dici potest eum qui deceptus est veritate
cognita contractum initurum non fuisse, sed revera contractum
iniit. Attamen certum est deceptorem teneri æqualitatem ser-
vare, et pretium justo majus non accipere, et justo minus non
dare. Insuper si deceptor sciat rem propter grave vitium alteri
contrahenti non cognitum ei fore inutilem aut noxiam, jure
naturali tenetur a contractu abstinere, aut eum, si mala fide jam

inierit, rescindere. Sed de hac materia infra dicemus ubi de contractu venditionis et emptionis agetur. Ex variis casibus allatis præscripta juris nostri de hac materia satis exposita sunt. Quando enim contrahens de aliquibus rei qualitatibus fidem non fecerit [*given a warranty*], contractus a tribunalibus non rescindetur, nisi aut falsa et *fraudulenta expositione*, aut *occultatione* factorum, unus ex contrahentibus alterum ad contrahendum induxerit. Si itaque occultatio fuerit fraudulenta et causam positive dederit contractui, contractus apud tribunalia rescindetur. Præter casus jam citatos alterum adducere juvat. Caius unus ex sociis in quadam societate ad quem solum pertinebat ejus rationes inspicere, pactus est cum alio socio Julio partes ejus emere pretio quod ex rationibus quas ipse habebat, et a Julio occultabat, insufficiens esse cognoscebat, quam ab causam contractus rescissus est. Itaque, ut ex casibus pluribus jam relatis constat, quanquam judices contractum non rescindent *propter fraudem*, ob meram factorum *occultationem*, aut etiam ob falsam *expositionem* (dummodo ne contrahens spoponderit [*warranted*] facta esse vera), attamen si probetur Caium ex fraudulenta expositione aut occultatione factorum ad contrahendum adductum esse, contractus non ideo confirmabitur, quia deceptus debita diligentia veritatem cognoscere potuerit. Attamen in hoc casu nisi clare probetur contractum ex fraude initum esse, præsumptio erit contractum ex fraude initum non esse (a). Sed quando Caius ad contrahendum ideo inductus est quia Julius multa affirmaverat de re, quorum unum falsum est et fraudulenter dictum, contractus rescindetur etiamsi probetur omnia alia vera et honesta esse.

144. Quando fraus non provenit ab altero contrahente, sed ab

(a) Fraud is of various kinds; but it generally consists in the *misrepresentation* or in the *concealment* of a material fact. . . . In settling the law on this subject, it has, on the one hand, been the aim of our Courts to repress dishonesty; whilst, on the other, they have required that before relieving a party on ground of fraud, it should be made to appear that he exercised a due degree of caution. Thus if there be a *patent defect* in a manufactured article, and the purchaser has an opportunity of inspecting it, but neglects to do so, he cannot charge the manufacturer with fraud because he did not point out such defect. So if a purchaser, choosing to judge for himself, do not avail himself of the knowledge or the means of knowledge open to him, or to his agent, he cannot be heard to say that he was deceived by the vendor's representations—the knowledge of his agent being as binding on him as his own knowledge. And where a person who had taken shares in a mining company filed his bill to set aside the contract, on the ground that he had been induced to take the shares by false representations by the defendants,—but it appeared that he had been present at the first meeting of the company, that he had visited the mine, and that he had as full an opportunity as the defendants of ascertaining the real state and pros-

alio diverso, vel alter particeps est fraudis vel non; in priore casu contractus est rescindibilis eodem modo ac si ipse contrahens auctor fraudis esset; in posteriore vel fraudem cognoscit vel non; si fraudem non cognoscit ad nihil tenetur, nisi forte pretium justo majus acceperit; si fraudem cognoscit, idem de eo dicendum est, jure naturali spectato, quod supra diximus de eo qui ex occultatione fraudulenta quæ causam dat contractui alium contrahere patitur; ex jure vero municip. si contrahens nullo modo fraudis particeps fuisset, contractus propter fraudem non rescinderetur. Sed in jure nostro contractus initus inter Caium et Julium ex intentione fraudandi alium irritus est. Sic si Caius qui ære alieno gravatus est conventionem facit cum Julio ceterisque suis creditoribus ad certam partem debiti pro toto solvendam, et aliud pactum secretum conficit, quo aut ipse Caius propria sponte aut alius ejus nomine, spondet portionem majorem Julio quam ceteris solutum iri, pactum secretum irritum et nullum est, quia habetur pro fraude contra ceteros creditores. Supponitur Julium ad hanc compositionem consensisse; quia si inter creditores qui ad compositionem consenserunt non recenseretur, pactum non esset fraudulentum neque irritum. Sed quando aliquis ex contrahentibus qui ad compositionem consenserit, pactum cum debitore conficit, quo majorem sui debiti portionem præ ceteris accipere debet, hoc pactum non solum irritum est, sed si cautio qua pecunia de qua consensum est creditoribus solvenda est præstetur, hæc quod attinet ad eum qui fraudis reus est irrita efficitur. Sed de compositionibus sermo erit quum de restitutione agetur, ubi plures casus afferentur in quibus contractus propter fraudem erga tertiam personam irritus efficitur. Insuper quando Caius se Julio obligat ad solvendum debitum Petri, ipso deficiente, hic

pects of the mine, the Court held that the bill must be dismissed. Nor does the misrepresentation of the legal effect of an agreement avoid it, for every man is supposed to know the legal effect of an agreement which he executes. But it is said that, *when once it is established that there has been a fraudulent misrepresentation or wilful concealment*, by which a person has been induced to enter into a contract, it is no answer to say he might have discovered the truth by proper inquiry. If there be no misrepresentation of any existing fact, but *only an intention*, at the time of the contract, *to depart from it, which intention is not alleged to have been carried into effect*, that does not vitiate the contract. But wherever one person misrepresents a material fact which is peculiarly within his own knowledge; or conceals a material fact which it was his duty to communicate; or uses a device which is calculated to induce the other party to forego inquiry into a material fact, upon which the former has information "although such information be not exclusively within his reach; and it is shown that the concealment or other deception was practised with respect to the particular transaction; such transaction will be voidable on the ground of fraud." Chitty, p. 627. et seq.

contractus irritus redditur per conventionem secretam de eadem materia inter Julium et Petrum, quæ contractui aut explicito aut implicito inter Caium et Julium opponatur. Sic Caius se Julio obligavit ad solvendum pretium quarundam mercium quas hic Petro tradiderat, si ipse Petrus deficeret. Sed conventum est secreto inter Julium et Petrum, ut ille pretium communi majus exigeret, et ut excessus ad quoddam antiquum debitum solvendum adhiberetur. Hoc cognito contractus quo Caius se obnoxium Julio reddidit irritus declaratus est. De contractu quo quis se reddit obnoxium propter debita alterius tractabitur ubi de contractibus in specie agetur. Ex simili principio si Caius paciscitur cum Julio ut ei det certum pretium pro mercibus quæ Sylvio in suum commodum dandæ sunt, et Sylvius per pactum occultum cum Julio factum promittit se majorem summam ei pro his mercibus soluturum, hoc pactum fraudulentum habetur in Caium, et ideo prius inter Caium et Julium irritum erit. Item pactum occultum quo Caius mercator pactus est se Julio daturum certam summam ex singulis libris quas ab emptoribus ad ejus tabernam a Julio adductis acceperit, quæ summa ex ipsis emptoribus exigenda est, irritum esse dicitur propter fraudem contra emptores. Et revera sive hoc in pacto conficiendo declaratum est sive non est, pecuniæ quæ dantur a negotiatoribus iis qui emptores ad tabernas eorum frequentandas inducunt, fere semper ab ipsis emptoribus nescientibus et nolentibus injuste derivantur, et propterea ex ipso jure naturali iis restitui debent; quia etiamsi ex defectu probationis aut ob aliam causam actio apud iudices intendi nequit, lex nunquam vult eum in conscientia excusare qui fraudis reus est. Declaratum fuisse dicitur pactum quo Caius medicus se obligavit ad dandam Julio quotannis certam partem suorum lucrorum, si hic efficeret ut Caius, præmio soluto, in societatem medicinæ exercendæ ab alio medico reciperetur, rescindi propter fraudem non posse. Sed quum Caius mercibus venditis Julio earum possessionem retinuit, eodem modo ac si earum dominus esset, venditio irrita declarata est, quantum attinebat ad creditores, quibus has accipere permissum est. Similiter quum Caius qui officium aliquod sive publicum sive privatum in vitam suam tenet, quod ei datum est a Julio qui jure potitur id conferendi, paciscitur cum Sylvio se id abdicaturum, et effecturum ut is in ipsius locum subrogetur, ea conditione ut dimidium lucrorum sibi detur; hujusmodi pactum occultum, utpote in fraudem Julii initum, irritum declaratum est.

145. Hæc materia amplius illustrabitur infra quum de venditione emptione agetur; sed ex casibus allatis satis intelligi potest quænam sint causæ propter quas fiet ut contractus onero-

sus ob fraudem sive contra alterum contrahentem sive contra tertiam personam apud tribunalia irritus declaretur. Quandoque intervenit fraus quæ tantum dat causam contractui aut positive aut negative, contractus onerosus irritus non est ex jure naturali, sed is qui fraudis reus est tenetur æqualitatem servare, et omnia damna quæ ex suo dolo eventura præviderit aut prævidere debuerit reparare. Quum error qui ex dolo injusto provenit causam dat contractui *positive*, rescindi potest ad arbitrium ejus qui deceptus est, et deceptor omnia damna quæ ex suo dolo secuta sunt reparare tenetur. Theologi satis communiter docent errorem ex dolo proveniente qui tantum *negative* dat causam contractui non efficere ut rescindi possit. Sed hoc non semper verum est si lex naturalis sola spectetur; quia quando injuria aliter reparari non potest, sane deceptor contractum rescindere tenetur. Sed resolutio hujus dubii pendet ex alia quæstione, nempe quatenus venditor vitia rei suæ manifestare teneatur, et quatenus si de his injuste taceat, quando cognoscat ea ab altera parte non percipi, contractus ex dolo qui dat causam contractui tantum *negative*, irritari possit. Quæ quæstio pertinet ad materiam venditionis emptionis.

Quid operetur dolus circa contractus gratuitos infra dicetur ubi de promissionibus gratuitis et donationibus agetur.

Punctum tertium.

De metu.

146. Vis in præsentī materia est *actus externus quo unus homo alterum contra voluntatis inclinationem corporaliter cogit*. Quando quis vi absoluta contrahere cogitur, puta si Caius manu Julii arrepta, nomen ejus instrumento subscribit, manifestum est contractum omni jure esse irritum; quia nullus est consensus. Si vero vis non sit absoluta, sed conditionata, puta si Caius Julium in carcerem conjiciat, donec nomen suum cuidam instrumento subscribat, et Julius ob hanc causam subscribat; nominis subscriptio non fit ex vi sed ex metu; quia Julius recusare potest ne nomen suum subscribat, sed subscribit ex metu ne perpetuo in carcere custodiatur. Itaque quoniam vis conditionata ad metum reduci potest, sufficiet effectum metus circa contractus investigare, quanquam inter *vim* etiam conditionatam revera illatam, et *minas* in jure nostro distinguitur, ut infra exponetur.

147. Metus est *trepidatio mentis ex periculo mali præsentis aut futuri orta*. Quando malum quod timetur est grave et imminens, metus plerumque gravis est; quando malum est leve aut remotum, saltem si spes sit id evitari posse, metus levis est. Sed

fieri potest ut etsi malum sit grave et imminens, quis ejus metu nonnisi leviter moveatur; et vice versa, ut quis graviter moveatur metu mali aut levis aut non cito aut non probabiliter eventuri. Deinde metus potest esse aut absolute aut relative gravis; absolute gravis est quando malum quod timetur est imminens, et talis est ut virum vulgari fortitudine præditum graviter commoveat; relative gravis est quando talem virum graviter non commoveret, sed ad aliam personam graviter commovendam sufficit habita ratione sexus, indolis, sanitatis, et aliarum hujusmodi circumstantiarum. Deinde metus incuti potest aut juste aut injuste, et ad eum finem ut contractus ineatur aut ad alium finem. Hinc 1. metus quilibet qui ita perturbat usum *rationis*, ut in materia illicita a peccato gravi excusaret, contractum irritat ob defectum consensus. 2. Metus quantumvis gravis juste incussus qui non perturbat rationem modo prædicto, contractum non reddit aut irritum aut rescindibilem; quia neque deest sufficiens consensus neque adest ulla injuria. 3. Metus aut absolute aut relative gravis injuste incussus qui causam dat contractui, secundum probabiliorē sententiam jure naturali irritat contractus gratuitos, non autem onerosos, sed hos rescindibiles facit. Quia lex naturalis exigit ut is qui injuste contractum inire coactus est, ponatur, quando hoc fieri potest, in eodem statu in quo fuisset si contractus nunquam confectus esset; in contractibus vero gratuitis qui metum passus est non ponitur in eodem statu, nisi contractus sit pleno jure irritus, quia is nullum commodum ex validitate contractus percipere potest. Aliter Caius latro justum dominium equi alieni obtinere potest minando mortem domino nisi equum ipsi donet, aut si unquam hanc donationem retractet. In jure nostro promissiones gratuita nullam vim legalem habent; donationes vero metu gravi extortæ prorsus irritæ declararentur. Secundum probabiliorē sententiam contractus bilaterales (excepto matrimonio) non sunt ipso facto irriti, sed rescindi possunt ad arbitrium ejus qui metum injustum passus est. Non enim deest consensus, sed solummodo injuria reparanda est. Hoc duo exigit; 1. ut is qui ex metu contrahere coactus est ponatur in eodem statu in quo fuisset si contractus nunquam initus esset; et 2. ut reparetur injuria quam passus est. Prius exigit ut contractum ad arbitrium et sine ullo recurso ad tribunalia rescindere possit; secundum ut si ita velit alterum stare contractui cogere possit. Tale est præscriptum nostri juris, ex quo is qui metum passus est, metu cessante, contractum ad arbitrium confirmare vel irritare potest.

148. In jure nostro vis vel metus ob quem contractus rescindi potest durities [*duress*] appellatur, et duplex est specie; prior

species ex vi actu illata, secunda ex *minis* oritur. *Durites ex vi actu illata* existit quando quis contra leges sua libertate privatur. Sic detinere hominem in domo etiam privata sive propria sive aliena contra ejus voluntatem, aut in via publica, ex lege idem est ac si in carcerem conjiciatur [*constitutes imprisonment*]; et si contra leges detineatur aut in carcerem conjiciatur donec contractum conficiat, is apud tribunalia irritus declarabitur. Potest quis quandoque privata auctoritate in aliquo loco alterum contra suam voluntatem legaliter detinere; v. g. viatorem qui via ferrea sine tessera legitima iter facit, detinere licet donec vecturam solvat; aut etiam donec scripto instrumento ad hanc solvendam se obliget. Sed si Caius v. g. vi detineatur donec quemvis alium contractum conficiat, hic eo petente irritus a tribunalibus declarabitur, quia vis quantum attinet ad hunc secundum contractum est *contra leges*. Et hoc verum est etiamsi actione intenta Caius hunc secundum contractum a tribunalibus inire cogeretur, aut etiamsi contractu de alio negotio inito sine solutione vecturæ libere decedere ei permetteretur; quia vis qua cogitur contractum, nisi ad solvendam vecturam, conficere, *contra leges* et injuste infertur. Etenim si hominibus privatis hoc modo agere lege permetteretur, totius justitiæ ordo subverteretur. Nunquam autem permittitur privatis quemquam in carcerem propria auctoritate conjicere. Hoc fieri non potest nisi ex auctoritate tribunalis in quo jus dicitur, aut magistratus qui hanc potestatem habet; et necesse est ut mandatum [*the warrant*] scriptum sit et sigillo magistratus munitum, in eoque causa exponatur ob quam reus in carcerem conjicitur. Si quis privata auctoritate in carcerem conjiceretur etiam ob causam justam, vis ei contra leges inferretur, et si ibi detineatur donec contractum aliquem confecerit, is eo petente irritus declarabitur. Et quanquam quis in carcerem legaliter coniectus est, si nimis acerbe tractetur, aut si rebus necessariis, ut cibo potuque, injuste privetur, et ad hæc incommoda evitanda contractum conficiat, eo petente a tribunalibus irritus declarabitur. Si Caius vero in carcere legaliter detineatur, et ex eo exire non permittatur donec quemdam contractum confecerit, tunc vel detinetur in hunc finem nempe ut contractum hunc conficiat, vel in alium prorsus diversum; in priore casu contractus ratus et validus erit, in secundo erit rescindibilis, quia detentio in hunc finem non est legalis (a). Hæc præscripta æqui-

(a) "Probably the true rule in such cases is, that where the imprisonment is lawful, an instrument executed for the purpose of effecting the object of such imprisonment is not void; but that if a legal imprisonment be made the means of exacting a deed or other instrument which is foreign to that object, such instru-

tati naturali sunt satis conformia et propterea in conscientia servari possunt; sed vim omnino indebitam tribuit lex meris formulis legalibus etiam quando justitia ipsa re vera violatur. Sic Caius (*b*) actione intenta Julio ad pecuniam exigendam, causam obtinuit. Julius vero actione incepta ad iudicium contra se prolatum evertendum effecit apud iudices ut mandatum ederetur quo Caius in carcerem conjectus est, et declaravit Julius se eum in carcere habiturum donec putresceret, nisi factum conficeret quo ipsi debitum remitteret. Caius factum confecit, et actione ab eo intenta ut factum irritum declararetur ob vim contra leges et injuste illatam, quia Julius nullam habuisset actionem ad iudicium in gratiam Caii latum evertendum, Iudex pronunciavit quanquam Julius in carcerem sine causa conjectus esset, attamen quia hoc ex mandato regis [*by the King's writ*] factum esset, non fuisse durtiem ob quam factum rescindi posset. Dixit quidem iudex, propterea quod nullam habuisset Julius causam actionis Caium recurrere posse ad aliam actionem [*trespass on the case*] ad compensationem injuriarum obtinendam. Sed manifestum est contractum a Caio ad se liberandum a durtie ex metu gravi et injusto confectum esse, et ideo justitiam exegisse ut eo petente rescinderetur. Ipse equidem puto si Caius ad tribunal æquitatis recursum habuisset, hunc contractum irritum declaratum fuisse.

149. *Durties per minas* fit, quando quis contrahit ex metu 1. mortis; 2. amissionis membrorum præcipuorum; 3. membrorum quibus seipsum in pugna defendere possit (*c*); et 4. ne in carcerem injuste conjiciatur. Sed metus debet esse rationabilis, et "non suspicio cujuslibet vani et meticulosi hominis, sed talis qui possit cadere in virum constantem; talis enim debet esse metus, qui in se contineat vitæ periculum, aut corporis cruciatum (*d*).” Sed quum Caius contrahit ex metu ne quis pugnas ei

ment will be void on the ground of duress. . . . Where a bond was given without consideration, under the alarm and restraint of an actual imprisonment under a justice's warrant for stealing goods, and upon the promise of the accuser to discharge the prisoner, it was held to be void on the ground of duress,—it appearing that the charge was utterly false and vexatious. . . . *Seem* however that the bond was void on another ground, namely that it was given upon an agreement to stifle a prosecution for a felony.” Chitty, p. 193. et in n.

(*b*) Ap. eund. ibid.

(*c*) Crimen privandi hominem membris quibus seipsum defendere potest appellatur *mayhem*. “Among these defensive members are reckoned not only arms and legs, but a finger, an eye, and a foretooth, as also some others. But the loss of one of the jaw teeth, the ear, or the nose, is not mayhem at common law, as they can be of no use in fighting” Stephen. vol. 3. p. 488.

(*d*) Bracton, 1. 2. c. 5. ap. eund. ibid.

aut colaphas ducat, aut ne ejus bona auferantur et destruantur, aut ne ejus agri occupentur, non est durities ob quam contractus rescindi possit; quia sufficiens reparatio harum injuriarum per actionem legalem obtineri potest. Sed injuria personalis est superioris ordinis, et nunquam in eodem genere bonorum compensari potest. Ab antiquis etiam scriptoribus docetur, si Caius contrahit cum Julio, ex metu gravi ne domus sua comburatur si non contrahat, contractum fore validum, sed auctores recentiores contrarium sentire videntur (a). Non requiritur ut durities in ipsum contrahentem exerceatur; sufficit enim si uxor aut quivis ex liberis contrahentis ei subjiciatur. Contractus initus a Caio ad Julium eripiendum ex duritie qua injuste afficitur irritus est, ut infra dicetur, quia nullum pretium pro obligatione Caio datur. Et si Caius in contractu conficiendo vice Julii fungitur, et durities talis est ut si contractus initus esset ab ipso Julio, ob duritiem rescinderetur, ob eandem causam rescindetur quando Caius contrahit ut Julium a duritie liberet. Quando Caius chirographum dedit pro liberatione tertiæ personæ quæ contra leges militiæ adscripta est, ea conditione ut in custodiam redderetur, aut Caius multam 50 librarum solveret, chirographum irritum declaratum est, tum quia is qui ei muneri præpositus est quum hunc virum militiæ ascripsit contra leges egit, tum quia nulla ei potestas erat quemquam militiæ ascriptum propter summam pecuniæ solvendam liberandi.

150. Contractus gratuiti initii ex metu levi qui causam dat contractui probabiliter irriti sunt ex jure naturali; aliter enim is qui injuriam passus est in eo statu non poneretur in quo esset si nulla injuria ei illata esset. Promissiones gratuitæ ex jure nostro nullam vim habent; donationes rite et valide confectæ sive facto, sive rei traditione, irritari non possunt nisi propter easdem fere causas ob quas ipsi contractus onerosi rescindi possunt. Sed plura de hac re dicentur ubi de donationibus et præsertim ubi de testamentis agetur.

Quoniam ex dictis metus gravis contractum bilateralem ex jure naturali irritum non facit, hoc a fortiore dicendum est de metu levi. Sed quæstio est an metus levis ex jure nat. contractum bilateralem rescindibilem reddat ad arbitrium ejus qui metum passus est. De hac re non consentiunt inter se theologi; censent plures quos citat et sequitur S. Alphonsus (b) probabiliorē esse opinionem talem contractum non esse rescindibilem in foro interno; "quia non præsumitur (contrahentem) consensisse ex metu, sed vere sponte, qui noverit esse levem; et cum facile potuisset non

(a) Cf. Chitty, p. 194.

(b) De 7º præcepto, n. 718.

rejecit." Sed hæc ratio manifesto solum forum externum respicit, aut casum in quo quis dubitat utrum sub influxu metus consenserit necne, et tunc agnosco præsumendum esse metum non dedisse causam contractui, et ideo hunc non esse rescindibilem. Quæstio vero est an contractus sit rescindibilis quando metus levis certo causa fuerit contrahendi. Communior opinio, cui adhæreo, docet talem contractum esse rescindibilem. Hanc opinionem tenent Molina (a), Sanchez (b), Lessius (c), Lugo (d), Salmanticenses (e), Henno (f), Billuart (g), et plures alii, quos referunt Sanchez et Lugo locis citatis. In memoriam reducendum est metum esse posse aut tantum objective aut tantum subjective gravem. Metus tantum objective gravis in foro conscientiae neque irritum neque rescindibilem reddit contractum. Sic si Caius dicat Julio: te occidam nisi istum equum mihi vendas 50 libris; Julius autem libenter equum vendat hoc pretio, contractus neque irritus neque rescindibilis est; quia metus quantumvis objective gravis in contractum minime influit. Itaque neque ex instantia periculi neque ex gravitate æstimandus est influxus metus in contractum, sed pro eo quantum mentem contrahentis perturbat. E converso igitur videretur sequi causam perturbationis quæ in mente contrahentis concitatur considerandam non esse, sed quanta sit perturbatio. Et quoniam metus relative gravis, omnibus aut fere omnibus fatentibus eundem habet effectum quem metus absolute gravis, non apparet quare metus qui mentem eodem modo conturbat ac metus relative gravis, non idem efficere debeat. Metus enim relative gravis is est, qui etsi hominem constantem graviter non commoveret, attamen hunc hominem rationabiliter graviter commovet, habita ratione omnium circumstantiarum. Sed si hoc sit verum non video quare metus, qui quantumvis ex iudicio communi hominum sit levis, attamen ex iudicio istius hominis qui nunc contractum conficit, satis gravis est ut eum invitum cogat contractum inire, in foro conscientiae metui relative gravi non æquivalet. Notum est enim eosdem homines iisdem malis aut minis aliàs aliter affici. Si ergo hoc tempore Petrus inducitur ad contractum ineundum minis quas alio tempore despiceret, quoniam eodem modo iis nunc afficitur quo longe gravioribus alio tempore afficeretur, non video quare in utroque casu non idem sit effectus. Sed revera in his

(a) De Just. Tom. 2. tract 2. disp. 267. in fine.

(b) De Matrim. lib. 4. disp. 9. n. 4..

(c) De Just. c. 17. dub. 6. n. 46.

(d) De Just. disp. 22. n. 138.

(e) De Contrac. c. 1. n. 14.

(f) De Just. tr. 2. disp. 5. quæst. 8.

(g) De Contract. dissert. 1. att. 4. versus finem.

casibus magnopere interest cognoscere utrum contrahens ex metu levi, *graviter* an tantummodo *leviter* invitatus contraxerit. Nam sicut metus absolute gravis existere potest et contrahentem nullo modo movere, ita etiam potest leviter eum concitare. In hoc casu metus non est causa, sed solummodo occasio contractus. Sed quando metus est gravis, fere semper graviter commovet et perturbat contrahentem, et in dubio hoc omnino præsumendum est. Quando vero metus est levis, plerumque non est causa contractus; vel quia materia non est gravis, vel quia contrahens alia habet motiva sufficientia, et ideo non graviter invitatus contractum init. Sed quum contrahit graviter invitatus, et quanquam alia habeat motiva, attamen metu remoto minime contraheret, contractus rescindibilis est, et tenetur is qui metum injuste incussit etiam alia damna quæ inde evenerunt reparare.

151. Ex dictis de præscriptis juris nostri patet quodcumque quis vi illatâ contractum inire cogitur, v. g. quum contra leges detinetur in aliquo loco donec hoc faciat, contractum a tribunalibus irritum declaratum iri. Sed quando contractus non conficitur propter vim actuale, sed propter minas, vidimus in his non contineri *duritiem*, nisi quando timetur malum imminens et grave, quod fere semper ad jacturam vitæ aut membrorum pertinere debet. Sed quanquam contractus irritus non declarabitur a tribunalibus juris com. nisi propter talem duritiem, attamen si per media iniqua [*by undue influence*] quis ad contrahendum inductus fuerit, contractus a tribunalibus æquitatis irritus pronuntiabitur. Haud facile definiri potest quid per media iniqua significetur. In alia tamen materia medium iniquum definitur: vis illegalis sive physica sive moralis, aut coercitio, aut injuria illata sive intentata, aut aliquid ad terrendum propositum (a). Sane hæc definitio metum etiam levem injustum qui probaretur causam contractui dedisse complecteretur. Multum etiam inservire potest in utroque foro ad dignoscendum quandonam metus levis causam dederit contractui et quandonam non dederit, examinare utrum id quod timetur pertineat ad personam aut ipsius contrahentis, aut ejus uxoris aut filiorum, an tantum ad ejus bona externa; namque minæ inferendi injuriam levem sive physicam sive moralem, v. g. percutiendi pugnīs, aut crimen haud grave injuste revelandi, sive pertinet ad ipsam contrahentem sive ad ejus uxorem aut liberos, longe magis aptæ sunt ad eum graviter commovendum, quam si tantum ejus bona externa spectant.

(a) *Undue influence* comprises any force, violence, or restraint, or the infliction of, or threat to inflict, any injury, or the practice of any intimidation. Cf. 17 et 18 Vict. c. 102. s. 105.

152. Preces importunæ ipsæ *per se* contractum neque irritum neque rescindibilem reddunt; in tali enim casu consensus non ex metu, sed ex voluntatis inclinatione aut ex amore datur. Sic si Caius dicat Julio: nisi mihi vendas equum tuum non amplius te ad domum meam aut ad mea convivia invitabo, et Julius ob hanc causam equum vendat, non movetur metu ullius mali in eum inferendi, sed ne privetur bonis quæ a Caio sperat. Idem dicendum est si quis contrahit ex metu amittendi legatum aut donum aut aliud commodum. Dixi *per se*, quia si consensus detur ex timore alicujus mali injusti, contractus erit rescindibilis modo supra exposito. Insuper minæ etiam implicitæ et tacitæ gravem et injustum metum inferre possunt, nempe si Caius qui precibus importunis urget Julium ad contrahendum sit ulciscendi cupidus, et hic timet ne si non contrahat ille gravem aliquam injuriam in corpore, in honore, aut in bonis sibi inferat. Sed valde disputatur inter doctores utrum preces summe importunæ quæ causam dant contractui, quem init quis graviter invitatus, eum rescindibilem reddant, si a superioribus aut parentibus contrahentis proferantur; seu aliis verbis utrum contractus initus ex metu reverentiali sit rescindibilis. Si consensus filii aut subditi ex spe doni aut beneficii detur, contractus non est rescindibilis; quia consensus non ex metu sed ex spe alicujus commodi datur, nisi tamen timeat filius ne hereditate aut parte bonorum patris quæ ei quasi naturaliter debentur privetur, de quo timore statim tractabimus. Insuper si filius aut subditus juste puniri possit, et ad hanc poenam evitandam declaret se velle contractum inire quem alioqui graviter invitatus conficeret, contractus non est rescindibilis; quia metus non injuste incutitur, et ne causa quidem est sed occasio contractus, qui eligitur ab ipso filio ut medium justam patris indignationem avertendi. Sed difficultas est utrum metus reverentialis qui causam dat contractui ut eum rescindibilem reddat, debeat procedere ex actibus in seipsis injustis, nulla habita ratione finis propter quem inferantur; an sufficiat ut illicite et irrationabiliter inferantur ad aliquid exigendum quod pater vel superior *juste* a filio vel subdito exigere nequit. Si e. g. Caius pater Julii eum flagellat, in conclavi domus claudit, et aliis ejusmodi mediis contractum inire cogit, talis contractus sane est rescindibilis; quia media quibus utitur pater sunt omnino injusta. Iterum Caius minatur se filium suum Julium privaturum hereditate alias ei naturaliter et secundum modum consuetum obventura, aut eum a domo sua et familia exclusurum et omnino destitutum relicturum, hac sola ratione quod recuset inire contractum, quem ut filius ineat pater *juste* imperare non possit. Nobis videtur contractum matrimonialem in his circumstantiis fore irritum ex im-

pedimento metus, et idem dicendum esse de contractibus gratuitis, contractus vero onerosos fore rescindibiles ad arbitrium filii. Et hæc resolutio videtur esse ad mentem doctorum qui communiter docent ex metu reverentiali induci obligationem restitutionem faciendi et contractum rescindendi (a); igitur hi putant ipsum metum reverentialem habita rationa finis ob quem incutitur posse esse injustum. Deinde ut advertit Lugo (b) quamquam doctores videntur exigere ut metus reverentialis qui contractum rescindibilem reddat proveniat ex actibus *in seipsis spectatis stricte injustis*, attamen exempla quibus nituntur, "videntur frequenter non continere malum cum injuria proprie dicta illatum. Dicunt enim si filius timeat offendere patrem, vel si præ verecundia, pudore, et reverentia non audeat contradicere, licet malum nullum aliud timeat, debere contractum rescindi. Item si uxor ad vitanda jurgia et. offensionem mariti fidejubeat, non obligari: jurgia autem illa, et offensio, quamdiu aliud malum non infertur, non videntur continere injuriam contra justitiam." Ratio vero quare metus reverentialis dans causam contractui eum non raro rescindibilem reddat hæc est; quod pater vel superior *injuste* usurpat potestatem imperandi *in rebus circa quas jure* imperandi nullo modo potitur. Quando ergo pater vel superior exigit consensum filii vel subditi in materia circa quam jure imperandi non potitur, vel agit solis precibus et ex amore et reverentia *debita* consensum obtinet, vel eum per modum imperii et mandati, filio vel subdito graviter nolente, exigit. In priore casu contractus non est rescindibilis, in posteriore vero est, quando ut suppono causam dat contractui, quia potestas mandandi in materia de qua agitur, ut suppono, *injuste* usurpatur. Mandatum autem potest esse aut explicitum aut implicitum, et aut verbis aut actibus imponi. Sic si pater minatur se filiam suam foras ejecturum eamque abdicaturum nisi nubat Caio, aut nisi sibi tradat totam hereditatem quæ ipsi in proprium commodum relicta est, et ea licet graviter invita sub influxu hujus metus gravis consentit; contractus in priore casu est irritus propter impedimentum canonicum, in posteriore utpote gratuitus ex jure naturali. Idem videtur dicendum si pater filiam eo quod in prædictis casibus consensum ea deneget, semper torvo vultu aspiat, verbis acerbis alloquatur, ita ut tandem victa, et fere vitæ pertæsa licet graviter invita consentiat. Notandum tamen est etsi in nostra sententia metus objective levis sed sub-

(a) Cf. Sanchez de Mat. lib. 4. disp. 9. n. 11., Molina tom. 2. disp. 267. in fine, Lessius loc. cit. dub. 6. n. 48.; Lugo. disp. 22. n. 150. et alios passim.

(b) Ibid. n. 152.

jective gravis contractum bilateralem rescindibilem reddit, hoc dicendum non esse de matrimonio quod rescindi non potest, et impedimentum canonicum quod id irritum efficit metum non solum subjective sed objective gravem exigere. Sed in præsentī materia ut sæpe monuimus de matrimonio non tractamus. Quod attinet ad ceteros contractus, Tribunalia æquitatis eos qui ex metu reverentiali qualis supra expositus est initi essent sine dubio rescinderent; aut etiam si preces adeo importunæ adhibita essent, ut habita ratione circumstantiarum, indolis personæ &c., auctoritati patris vel matris vel superioris resistere moraliter non posset. Judicaretur enim hunc consensum mediis iniquis [*by undue influence*] obtentum esse; et huic judicio salva conscientia quis tuto stare potest.

153. Alia quæstio est quatenus metus incuti debeat ad consensum in contractum obtinendum, ut eum irritum aut rescindibilem reddat? Distinguendum est; vel enim metus incutitur ab altero contrahente, vel a tertia persona. In priore casu positis aliis conditionibus non requiritur ut metus incutiat ab initio ad consensum extorquendum. Sic Caius occurrens Julio inimico suo statuit eum occidere; quo cognito Julius chirographum conficit, quo se obligat ad mille libras Caio solvendas ut ex ejus manibus evadat. Hic contractus utpote gratuitus ipso facto irritus est; namque manifestum est consensum per metum gravem et injustum esse extortum. Si autem contractus onerosus sit et rescindibilis, rescindi potest ad arbitrium ejus qui metum passus est; namque intentio injusta occidendi in intentionem similiter injustam chirographum sub metu mortis extorquendi mutata est, et igitur metus revera ideo incutitur ut consensus in contractum exigatur.

Si metus incutiat a tertia persona, et alter contrahens sit particeps criminis, idem est ac si metus ab hoc ipso incutiat. Si vero contrahens non sit particeps criminis, metus vel incutitur ad consensum in hunc contractum extorquendum vel non. Si incutiat ad consensum extorquendum, et hoc sciat contrahens in cujus gratiam incutitur, contractus rescindibilis est; quia concurrat cum injusto aggressore ad injuriam inferendam. Si tempore quo conficitur contractus ignorat unus ex contrahentibus metum injustum in alterum contrahentem fuisse illatum, postea vero hoc cognoscit, in hoc casu materialiter tantum alterius contrahentis jus violavit, et propterea solummodo tenetur, altero petente, contractum rescindere quando hoc facere potest sine proprio gravi incommodo. Si vero metus non incutiat ad contractum extorquendum, tunc vel ipse injustus læsor per contractum tanquam per pretium inducitur ut a sua injustitia abstineat,

vel per contractum tantummodo acquiritur medium aggressorem injustum repellendi. Caius v. g. minatur se Julium occisurum, hic autem ut mortem depellat, dicit: noli me occidere et fundum quem multum desiderat locabo Sylvio. Chirographo accepto in hunc effectum a sua injustitia desistit Caius. Manifestum est, ut supra diximus, metum incussum esse ad chirographum obtinendum, et ideo Caium si sub influxu istius metus agros, reditu etiam sufficienti reservato, locet Sylvio, posse contractum ad arbitrium rescindere. In secundo casu Caius minatur se Julium occisurum, ob quem metum hic equum emit a Sylvio ut suum inimicum effugere possit. Nisi Sylvius sit particeps injustitiæ, hic contractus omnino ratus et validus est, etiamsi sciat Julium ex metu injusto equum emere coactum esse. Idem dic si Caius invasus a latronibus inclamet Julium ut se ab eorum manibus liberet, et Julius respondeat se hoc facturum si certum fundum sibi locet. Annuit Caius, et fugatis latronibus fundum Julio locare tenetur, quia hic solummodo ex caritate et non ex justitia Caio subvenire debebat. Potest itaque Julius *justum* pretium suæ subventionis exigere. Si vero pretium justo majus exigat, id postea a Caio imminui potest.

154. Manifestum est metum qui juste inferri possit a iudice, esse omnino injustum si à privato inferatur. Sic Judex sententiam mortis pronuntiare tenetur in eum quem jurati sontem homicidii ex malitia præcogitata patrati declaraverint, sed pater hominis occisi non potest sontem morte afficere sine summa injustitia, neque cogere eum ad contrahendum ne ex privata auctoritate occidatur. Ut metus sit juste incussus plerumque necessarium est ut ab iis quibus tutela publicæ securitatis delata est inferatur. Sed metus gravis non raro a civibus privatis incuti potest juste; in casu nempe prædicto quivis privatus juste denunciare potest homicidam; et quæstio est utrum contractus initus ab homicida ex metu ne denuntietur sit ratus et validus, an irritus vel rescindibilis. In hoc casu non solum potest quivis juste, sed etiam plerumque ex justitia legali tenetur homicidam denunciare, quia bonum publicum et salus reipublicæ hoc exigit. Sed excepto hoc et aliis hujusmodi casibus ubi bonum publicum id manifeste exigit, quæstio satis difficilis est determinare quandam quis possit juste crimina occulta alterius manifestare? Theologi plerique videntur supponere in quæstione de qua tractamus omnia crimina contra virtutem justitiæ sine injustitia revelari posse. Sed hoc minime verum est. Suppono Caium Bertham uxorem ducturum esse. Julius vero inimicus Berthæ, qui scit eam furti secreti levis ream fuisse abhinc aliquot annos, cognoscens Caium eam ducturum non esse si furtum ei manifestatur,

hoc Caio manifestat, quo cognito is eam ducere recusat. Nonne Julius injuste agit, nisi sit aliqua causa excusans, hoc crimen secretum injustum revelando? Ex qua lege potest quis crimina alterius etiam contra justitiam revelare? Num ex lege naturali? Agnosco equidem posse quempiam sine injustitia crimen injustum alterius revelare, quando hoc necessarium est ad obtinendam compensationem injuriæ aut corpori suo aut bonis illatæ, et contractum validum inire posse cum injusto aggressore quo is ad hæc damna compensanda se obligat. Concedo etiam posse quemvis privatum juste homicidam aut furem denunciare munerum præpositis *ob bonum publicum*; sed secluso homicidio voluntario et aliis paucis criminibus atrocioribus, nego posse quemquam auctores horum criminum quæ nullum damnum in eum aut in suos inferunt, quando occulta sunt denunciare, nisi ob bonum publicum; aut saltem ad innocentem protegendum, qui nisi hoc fieret gravem injuriam subiret. Si enim quivis alius hac facultate potiretur, esset ex lege vel naturali vel humana. Sed neutrum dici potest. Quando enim revelatio criminis etiam injusti necessaria non est vel ob bonum publicum, vel ad compensandam injuriam ipsi illatam a quo revelatur aut ejus familiæ vel ad innocentem defendendum, nullatenus licita est. Itaque in aliis casibus licentia revelandi deducenda est ex præscriptis legis positivæ. Cur enim solo jure naturali spectato licet ob meum privatum commodum sine injustitia denigrare famam Berthæ, quæ putatur esse virgo integra et honesta, revelando unum crimen furti quod mea nullo modo interest, magis quam idem facere liceret revelando unum actum fornicationis quem scio eam secreto commississe? Sed ex jure nostro nullo modo conceditur alicui facultas crimina cujusvis revelandi in privatum commodum ejus a quo manifestantur. Lex enim præcipit unicuique ut crimina omnia quæ felonix appellantur—inter quæ furtum etiam minimum numeratur—iis qui disciplinam publicam administrant manifestet, ut qui ea patnaverint, *ob bonum publicum* modo debito puniantur; et si quis propter pretium aliquod aut mercedem contractu se obliget ne eum qui felonix reus sit judicio prosequatur, ita committit contra legem ut et multam subeat et in carcerem conjici possit. Quin etiam quando facultas a jure delatoribus conceditur delationes contra transgressores legum pœnalia factitare ad multam in eorum commodum privatum obtinendam; accipere pecuniam a reo ut actio ei ne intendatur crimen est quod multa et incarceratione punitur; quia modus agendi delatoris ostendit eum voluisse actionem intendere non ob bonum publicum sed in privatum suum commodum. Mihi itaque videtur eum qui crimen alterius quod nullam injuriam in eum infert manifestare minatur, ut pretium

pro ejus occultatione extorqueat, reum esse injustitiæ et ad restitutionem teneri, et contractum ad tale pretium solvendum irritum et nullum esse. Non loquor de intentione interna aut de motivo accusatoris; agnosco enim quando quis *jus* habet actum alteri damnosum ponendi, intentionem mere internam eum injustum non reddere. Sic carnifex qui mortem in suum inimicum juste condemnatum ex odio infert, nullam ei injuriam facit. Sed loquor de modo quo solo denunciatio a legibus fieri permittitur, et quo ad bonum publicum promovendum ordinatur. Concedo itaque Caium qui cognoscit suum inimicum Julium felonix reum esse, non injuste facere si eum secundum præscripta legis prosequitur, quia tantummodo ex odio ad eum prosequendum commovetur. Neque etiam potest lex civilis intentionem internam respicere, sed solummodo exigere ut actus secundum formam externam præscriptam ponatur. Suppono Caium juste Julium denunciare posse, quia ut jam dixi non agnosco unumquemque omnia crimina injustitiæ quæ in jure puniuntur, et quæ nullam injuriam in ipsum inferunt prodere posse. Quando enim quis nullam injuriam passus est, et criminis manifestatio aut nihil aut parum ad bonum publicum conferret, non agnosco civem privatum posse eum juste v. g. propter furtum rei non magni momenti, pro qua fortasse occulte compensationem jam fecerit, apud judices accusare, et sic virum forsitan jam probum et honestum infamia notare. Equidem lex nullam facit exceptionem, sed talis casus per epikeiam excluditur; et quanquam judex etiam in tali casu rejicere non potest accusationem secundum ordinem juris factam, attamen lex humana quæ mandaret aliquem suum concivem in talibus circumstantiis diffamare, inhumana, injusta, et irrita esset. Sed hanc materiam de revelatione criminis occulti proximi, hic nonnisi leviter et obiter attingimus, namque de ea in tractatu de restitutione ex professo agemus. Sed ex dictis patet injustum esse crimina occulta alterius revelare, nisi in quantum hoc necessarium est ad injuriam in nosmetipsos aut saltem in innocentem illatum reparandam, aut ad bonum publicum promovendum, et in hoc ultimo casu accusatorem injuste agere nisi secundum ordinem juris procedat, reum in judicium advocando; ideoque omne pretium acceptum, aut pactum initum ut hoc ne fiat esse injustum irritum et nullum.

155. Ultimo inquirunt auctores in hac materia utrum si Caius secundum allegata et probata, sed propter crimen quod non commisit damnetur ad mortem, pactum initum cum judice aut quovis alio, ad se ob pretium ex hoc periculo liberandum sit ratum et

firmum an rescindibile. Haic breviter respondendum est; si is qui pretium accipit aut conficit pactum particeps sit injuriæ quæ in Caium infertur, consensus per metum injuste illatum extortus est, et proinde contractus irritus est. Iterum si metus in Caium illatus est ad hunc contractum extorquendum, irritus est eo modo quo supra in simili casu exposuimus. Tertio si iudex ex officio teneatur Caium ab injusta condemnatione liberare, pactum quo pretium exigit propter id quod jam ex justitia facere obligatus est, injustum et irritum est. Tale esset pactum initum cum aliquo ex nostris iudicibus apud quem Caius secundum falso allegata et probata damnatus est; is enim ex officio tenetur iis qui his muneribus præponuntur declarare sententiam ex falso allegatis et probatis obtentam esse, quo facto Caius liber dimittetur. Si vero is qui ob pretium aut pactum quod conficitur a Caio ut a præsentis discrimine liberetur, neque metum incusserit, neque ei ex justitia subvenire tenetur, ratum et firmum est, quia tantummodo exigit compensationem pro actione pretio digna ad quam præstandam ex justitia nullo modo obligatus est.

Ex dictis in tota hoc materia patet contractus rescissioni obnoxios obligare utramque partem donec is qui jure eos rescindendi potitur eos irritos efficiat, ut supra satis exposuimus. Proinde si is qui jure contractum rescindendi potitur ei stare mavult, suam partem omnino adimplere tenetur.

DISPUTATIO QUINTA.

DE CONTRACTIBUS CONDITIONALIBUS; DE CONTRACTIBUS QUI AB IPSIS AUCTORIBUS (*principals*) CONFICIUNTUR; ET DE CONTRACTIBUS QUI INEUNTUR AB IIS QUI VICE ALTERIUS FUNGUNTUR; DE CONTRACTIBUS QUI JURAMENTO CONFIRMANTUR.

§ 1. *De contractibus conditionalibus.*

156. HACTENUS egimus de contractibus absolute initis, et qui ab ipsis auctoribus quos obligant conficiuntur. Nunc de contractibus qui cum aliqua modificatione conficiuntur agendum est. Incipiemus a contractibus conditionalibus. Contractus iniri potest sub conditione de præterito, de præsentis aut de futuro. Conditio de præterito est si Caius paciscitur equum Julii emere modo sanus et validus sit, Julius vero rescusat hanc cautionem dare, sed asserit Sylvium veterinarium magni nominis, mense proximo eum sanum et validum pronuntiasse. Caius annuit equum emere ea conditione ut veterinarius prædictus ita declaraverit. Conditio de præsentis est si cautionem dat Caius equum nunc sanum et validum esse. De futuro est si cautionem dat Caius sanum et validum futurum esse anno proximo (*a*). Conditio de præterito aut de præsentis non suspendit obligationem contractus, quia tempore quo initur si conditio existit contractus ratur est; si non existit vel est irritus vel rescindibilis vel aliis modificationibus obnoxius secundum voluntatem contrahentium. Plerumque dicunt auctores conditione non subsistente contractum esse irritum, sed hoc non est verum nisi quando ita volunt con-

(*a*) "It is laid down by Blackstone (vol. iii. p. 166), that 'a warranty can only reach to things in being at the time of the warranty made, and not to things *in futuro*, as that a horse is sound at the time of sale, and not that he *will* be so two years hence?' But there seems to be no valid reason for holding that a party may not, upon good consideration, impose upon himself this prospective responsibility. And Lord Mansfield has said, 'There is no doubt but you may warrant a future event.'" Chitty, p. 423. De contractibus conditionalibus cf. *supra*, n. 22. et seq.

trahentes. Conditione enim non existent² fieri potest ut contractus non irritus sit sed rescindibilis ex parte unius contrahentium. Sic in casu supra posito Julius, etiamsi falso affirmasset veterinarium dixisse equum sanum et validum esse, attamen si Caius contractui stare vellet, utique non posset propria fraude adjutus equum sibi vindicare. Sed contractus est rescindibilis ad arbitrium Caii, sive mala sive bona fide egerit Julius; in priore casu propter fraudem, in posteriore, nisi tamen equus sanus esset, quia cautio quam dedit de illius sanitate non extitit. Conditio etiam de præterito aut de præsentī poni potest ita ut ea existente pretium augeatur, ea non existente minuat; sed plerumque is in cuius gratiam conditio ponitur vult ut ea non existente contractus pleno jure sit irritus. Jus nostrum non permittit cuiquam sive bona sive mala fide falso affirmavit conditionem extitisse, propriam suam fraudem vel errorem proferre ad rem vindicandam, et altera pars, si ita velit, huic præscripto tuto in conscientia stare potest.

157. Plures conditiones quæ contractibus apponi possunt a theologis proferuntur. Alia enim est *expressa* quæ verbis aut signis manifestatur, alia *tacita* quæ ex usu aut ex consuetudine aut ex interpretatione legis contineri in contractu censetur. Conditionum tacitarum supra de errore agentes plura exempla protulimus. Alia conditio est *possibilis*, alia *impossibilis*. Conditio est impossibilis aut *physice* aut *moraliter*; physice si aut nullo modo poni potest, v. g. si manu cælum tetigeris, aut relative, v. g. si Caius promittat Julio mille libras in modum dotis, si ipsius filiam Bertham ducat, Bertha vero Juliam ducere recuset; moraliter si sit inhonesta et turpis, v. g. si Julius promittat Sylvestro centum libras si ejus inimicum Caium occidat. Alia est *positiva* ut in casu jam allato, alia *negativa*, v. g. si status detur mulieri quamdiu innupta permanserit. Alia est *necessaria*, alia *contingens*: necessaria est si Caius dicat Julio: vendo tibi equum meum si sol cras orietur, et Julius contractui assentiatur; contingens est quando v. g. Caius accipit merces a Julio pro Sylvio ea conditione ut si hic earum pretium non solverit, in ejus defectu soluturus sit ipse Caius; aut quando quis anno 21^o completo se obligat ad contractus implendos *si possit*, quos dum minor esset iniit. Alia est in potestate contrahentium, alia pendet ex eventu aut incerto aut incognito, v. g. in contractibus aleatoriis de quibus suo loco agemus, conditio pendet ex casu fortuito; quando vero contrahentes sponsonem faciunt de aliqua re præterita vel præsentē, res ipsa de qua disputant est in se certa sed iis incognita.

De his omnibus late agunt theologi sequentes magna ex parte præscripta juris civilis aut municipalis aliarum nationum. Nobis

sufficiet hic dicere nihil fere in jure nostro de contractibus conditionalibus sub hoc nomine inveniri; præscripta enim quæ contractus conditionales respiciunt magna ex parte a jurisperitis ubi agunt de pretiis [*the considerations*] contractuum, et de cautionibus [*warranties*] tractantur. Sub priore enim capite agunt de contractibus qui aut circa materiam turpem conficiuntur aut sub conditione inhonesta aut illegali ineuntur; sub posteriore de omnibus aliis conditionibus quibus non positus contractus rescindi possit tractant. Ut præscripta juris facilius innotescant nos quoque hanc methodum sequemur. Pauca tamen hic de contractibus conditionalibus dicenda restant.

158. Itaque secundum nostri juris præscripta contractus non raro initur sub *conditione præcedenti*. Quoniam enim nulla promissio obligationem legalem apud nos parit nisi pro ea aliquod pretium detur, hoc pretium potest esse aut promissio mutua, aut convenire potest ut aliquis actus ex una parte ponatur; antequam alter suam partem implere obligatur. In priore casu alteruter ex contrahentibus actionem intendere potest ad executionem contractus exigendam si ostendat se paratum esse suam partem implere. Quando vero obligatio unius non incurritur nisi quidam actus ex altera parte fiat, non sufficit ut is ex cujus parte actus poni debet, paratus sit actum quantum ex se est ponere, sed revera poni debet, nisi per alterum stet quominus non ponatur. Sic quando convenit inter Caium et Julium ut ille huic solvat pretium quorundam operum, testimonio ab architecto dato opus perfectum esse, testimonium est conditio præcedens, et donec hoc detur Caius pretium operis solvere apud judices cogi non potest; et huic præscripto in conscientia stare potest, ita tamen ut si ditior factus sit ex labore Julii, debitam compensationem faciat. Iterum quum in instrumento scripto quo convenit ut Petrus qui vult merces importare aut exportare, ob certam summam Caio domino navis solvendam [*freightage*] usum totius navis ad certam navigationem faciendam accipit (a), pactum continetur ut si navis capta fuerit, Petrus impensas merces iterum in eam imponendi soluturus sit si concilio castrensi [*a court-martial*] visum fuerit navarchum quam optime potuerit navem defendisse; sententia concilii castrensis est conditio præcedens, qua non posita Petrus impensas solvere non obligatur. Insuper quando Petrus non obligatur nisi posita quadam conditione præcedente ex parte Julii, cogi non potest apud judices suam promissionem exsequi, etiamsi conditio facta sit impossibilis per actum

(a) Hoc instrumentum (*a charter party*) appellatur. De eo infra ubi de contractibus in specie agetur.

tertiæ personæ, aut etiam Dei ipsius. Sic Caius empta domo a Julio promisit se majus pretium daturum ea conditione ut pavimentum ante domum suæ proximam ante certum diem sterneretur. Hoc per cœli intemperiem intra tempus statutum fieri non potuit, et quanquam pavimentum quam primum stratum est, Caius pretium augere lege coactus non est. Sic etiam Caius paciscitur se aliquid in gratiam Julii facturum, ea conditione ut hic filiam ejus ducat, aut feoffamentum Paulo det; et filia Caii aliam ducit, et Paulus feoffamentum recusat, unde Caius a suo contractu liberatur. Si autem Julius ab ipso Caio prohibeatur ne conditionem præcedentem impleat, puta si per Caium factum est ut sua filia alii nupserit, aut Paulus feoffamentum recusarit, ab exsequenda sua promissione non excusabitur. Et si Caius antequam conditio præcedens poni debeat, seipsum incapacem suam partem implendi efficiat, altera pars conditionem præcedentem ponere non tenetur, et si eam posuerit, non tenetur actionem Caio propter *violationem contractus* intendere, sed per *actionem debiti* pretium sui operis obtinere potest. Sic Caius propter opus a Julio perficiendum promisit pretium ejus in mercibus solvendum; ipse vero Caius effecit ut merces tradi non possent, quo facto Julius per actionem debiti compensationem sui operis obtinuit. In his ergo casibus sufficit si Julius probet se paratum fuisse conditionem exsequi nisi ipse Caius obstitisset, aut nisi eum ab impletione conditionis liberasset.

159. Conditio præcedens potest esse aut divisibilis aut indivisibilis. Quando est divisibilis, Caius aliqua parte *integra* conditionis præviæ impleta, nisi aliter conventum sit, partem contractus quæ huic respondet ab alio contrahente Julio exigere potest. Si vero una pars se obligat ad aliquid agendum in modum unius actus antequam suam partem exigere possit, ab altera parte nihil extorquere potest, quanquam casu fortuito totum actum prævium perficere prohibitus est. Sic quum navarcho cum nauta convenisset ut hic certam summam reciperet si operam suam daret navi agendæ, per totum cursum conficiendum, et nauta mortuus est ante confectum cursum, actione intenta ab iis qui ejus vice functi sunt, declaratum est nullam partem mercedis ab iis vindicari posse. Sed hoc præscriptum legis omnino injustum est, sicut et aliud quo ii qui navem conduxerunt ut merces suæ ad certum portum adveherentur ab omni obligatione pretium solvendi immunes declarati sunt, quia navis ad alium portum ubi naufragium fecit vi ventorum coacta est, quanquam merces nullum detrimentum passæ sunt, et reus [*the defendant*] cui actio intenta est ad pretium vecturæ exigendum, eas in portu quo

navis coacta est accepit (a). Justitia certe in utroque casu (secluso pacto expresso quo contrarium statueretur) exigit ut pretium *pro rata* solveretur. Justitiæ vero consonum est aliud juris præscriptum quo statuitur, ut si agri occupati a tenente qui reditum tertio quoque mense solvere debet a domino repetantur inter spatium trimestre, tenens non obligetur, secluso pacto speciali, ad reditum pro ulla parte istius trimestris spatii solvendum. Et si tenens ex aliqua parte suorum agrorum a domino injuste ejiciatur, ne pro reliqua quidem parte reditum solvere tenetur quamdiu injusta possessio domini permanet. Quando Caius aliquam conditionem præcedentem ad modum *unius actus* perficere tenetur, et alter contrahens Julius sponte accipit executionem cujusdam tantummodo partis, non potest exigere ut Caius totum perficiat, antequam ipse partem quæ respondet exsequatur. Insuper Caius non solum obligatur ad conditionem præviam ponendam, ut *Julius suam partem contractus exsequi teneatur*, sed etiam *directe* hoc facere tenetur nisi actu Dei prohibeatur. Sic nauta ad totum cursum in nave conficiendum obligatus est, non tantum ne mercedem amittat, sed etiam *directe* cogi potest hoc facere nisi morte præventus sit. Similiter et navarchus *directe* obligatus est ut merces ad portum statutum transveheret; et si eas e navi in alio portu, naufragio non facto, exposuisset, non solum pretio vecturæ privatus fuisset, sed etiam actio ei propter contractus violationem intendi potuisset. Sic si quis quum ædes conducit, per locationis instrumentum paciscatur eas sertas tectas servare, ea tamen conditione ut locator materiam necessariam suppeditet, conductor non solum non tenetur ædes reficere si locator materiam non suppeditet, sed etiam ei actionem propter pacti violationem intendere potest; quia ex contractu implicito ad materiam præbendam *directe* obligatur.

160. Supra monuimus conditionem quam ponere teneatur Petrus non semper talem esse ut ea non posita Paulus suam partem contractus exsequi non teneatur. Quoniam enim natura conditionis pendet ex voluntate contrahentium, potest non exigi in modum conditionis præcedentis, sed talis esse ut si Caius eam non impleat, alter tamen contrahens Julius ab executione suæ partis non excusetur, sed actionem Caio ad damnorum compensationem exigendam intendere possit. Utrum vero aliqua conventio inter contrahentes habenda sit ut conditio præcedens necne, ex intentione partium, habita ratione circumstantiarum in singulis casibus, judicandum est. Et idem omnino dicendum est in dubio utrum una promissio sit pretium alterius, in quo

(a) Cf. ap. Chitty, p. 666.

casu *utraque pars* contrahens eodem modo obligatur, an res promissa præstari debeat ex una parte in modum conditionis præviæ antequam altera pars obligetur. Quanquam enim quædam regulæ ad hæc dijudicanda traduntur, revera tamen ex intentione partium, pensatis circumstantiis, ratio conditionis dignoscenda est (a).

161, Jam diximus neminem teneri posse ad rem faciendam quæ in se sit omnino impossibilis (b). Propter eandem rationem si Caius recipit se merces traditurum Julio quadam conditione eveniente, quæ conditio sine ulla Caii culpa nunquam evenit, actio ei intendi non poterit quia merces non tradiderit. Hæc non est eadem ac conditio prævia, quæ requiritur ex una parte ut altera obligetur. Quandocumque vero quis ideo se excusare vult ab executione contractus quod impossibilis sit, hoc expresse probare necesse est. Sic quum quidam fodinâ carbonariâ conductâ se obligasset ut certam partem pretii carbonum qui ex fodina caperentur solveret nisi ex *casu inevitabili* eam exercere prohiberetur, declaratum est eum excusatum non esse, etiamsi impensæ necessariæ ad fodinam exercendam totum pretium carbonum qui caperentur superarent, neque ipsum a pacto implendo excusari posse, nisi physice impossibile esset fodinam exercere. Jam antea ostendimus Caium qui se absolute obligavit Julio ad aliquid agendum quod in se possibile sit, v. g. ut feoffamentum

(a) "A particular clause in a mutual agreement may also be of such a nature that the breach of it may not be sufficient to excuse the opposite party from performance on his side, though it will entitle him to an action for damages: and whether any given clause is to be construed in this latter mode, or as a condition *precedent*, turns less on any *technical rule of interpretation* . . . than on *the intention fairly imputable to the parties* in each particular case; which will depend on a consideration of the tendency of one construction or the other, in point of natural reason and convenience." Stephen, vol. ii. p. 55. "Whether one *promise* be the consideration for another, or whether the *performance*, and not the *mere promise* be the consideration, is to be determined by the intention and meaning of the parties as it appears on the instrument, and by the application of common sense to each particular case." Chitty, p. 667.

(b) "If a man contract to do a thing which is absolutely impossible, such contract will not bind him, because no man can be bound to an impossibility. Thus an action will not lie on a contract by C. to pay a sum of money to A., B. and himself C., or the survivor or survivors of them, on their joint account. But a man may assign personalty to others and himself. But where the contract is to do a thing possible in itself, or where it is conditioned on an event which happens, the promiser will be liable for a breach thereof, notwithstanding it was beyond his power to perform it;—for it was his own fault to run the risk of undertaking to perform an impossibility, when he might have provided against it by his contract. Thus if a lessee covenant to repair, or to pay rent, he is not discharged by the destruction of the premises by fire or by lightning, flood or tempest, or by the Queen's enemies." Chitty, pp. 264, 265.

Sylvio daret, aut ut Bertham filiam Julii duceret, a pacto non liberari etiamsi Sylvius feoffamentum aut Bertha matrimonium recuset; et Julium ei actionem ad compensationem propter violationem pacti obtinendam intendere posse. Et idem dicendum est, si Caius se obliget Julio ut quadam conditione eveniente, aliquid ageret; quia conditione eveniente pactum implere tenetur, etiamsi ex aliquo casu improvise et inevitabili id implere non potest. Sic si Caius se obligat Julio ut domum repareret, aut ut redditum solvat, non liberatur etiamsi sine ejus culpa aut negligentia domus comburatur, aut per actum Dei, id est fulgure aut tempestate, aut per inimicos regis destruat. Item quum Caius se obligat Julio ad merces ad certum portum evehendas, non excusatur etiamsi propter pestem navis qua merces evehantur portum accedere lege prohibeatur. In alio casu Caius se obligavit ut navem carbone, cum celeritate quanta maxima esse potuit, oneraret, et quamvis propter glaciem ad navem aditus non erat, attamen declaratum est eum actione obnoxium esse propter navis detentionem. Neque liberaretur a sua obligatione navis conductor ne tum quidem quum navis in tempestate deperdita esset; neque quum portus ubi navis exonerari debet obsessus esset, saltem si tempore contractus obsessio iis qui rem publicam apud nos administrant rite notificata esset, quo in casu in jure præsumeretur eam conductori notam esse. In his omnibus casibus ratio in qua hæc præscripta nituntur hæc est, quod contrahens non debet se absolute obligare ad quidquam, nisi pro comperto habeat se id exsequi posse. Sed revera hæc præscripta sunt plane valde rigida, neque quis obligari debet de casibus omnino improvisis et inopinatis, nisi quando ad hos præstandos vel explicite vel implicite se obligaverit. Quum autem nulla fraus intercedit, et contrahentes præscripta legis cognoscunt, utique hæc onera implicite suscipiunt.

162. In contractibus quorum exsecutio pendet ex continua existentia certæ personæ aut rei, si exsecutio fiat impossibilis quia persona vel res periit, promissor excusatur. Sic Caius se obligavit Julio ut Bertham filiam ejus certa die duceret, et ipsa ante diem statutum mortua est; Caius non est actioni obnoxius quia Bertham non duxerit. Iterum Caius equum a Julio in modum precarii accepit, et se obligavit ut equum redderet, quandocunque Julius eum exigeret. Antequam Julius equum exegit is sine culpa Caii mortuus est, quo probato declaratum est Caium actioni obnoxium non esse. Item quando lex ipsum actum quo contractus impleri debet *directe* prohibet et illegalem reddit, is qui ex pacto hunc actum ponere tenetur ab executione contractus excusatur. Et quando convenit inter Caium et Julium ut

hic certos actus perficiat ea conditione ut ille aliquid faciat, et antequam quidquam ex pacto efficitur Caius invenit Julium suam partem exsequi non posse, ipse a sua obligatione liberatur. Sed ad liberandum Caium non sufficit ut Julius declaret antequam contractus executioni mandari debet, se contractum violaturum esse, nisi hanc declarationem non retractaverit antequam Caius suam partem implere debet. Si autem Julius suam declarationem ante hoc tempus non retractaverit, Caius ad suam partem exsequendam non obligatur. —

§ 2. *De contractibus qui non ab auctoribus qui obligandi sunt, sed per procuratores [agents] conficiuntur.*

Punctum Primum.

Quis numere procuratoris fungi possit; Quotuplicis generis distinguantur procuratores; quomodo constitui possint; et quomodo contractuum ab iis confectorum executio exigi possit?

163. Haecenus egimus de contractibus qui ab ipsis auctoribus confecti sunt; sed contractus cujuscumque generis per procuratores legitime constitutos confici possunt. Minor aut mulier matrimonio juncta, aut is qui attinctus aut proscriptus est, aut alienus aut domesticus munere procuratoris fungi potest, et contractus ratos et validos conficere, quibus ii quorum vice funguntur ligantur; quia contractus procuratoris pro contractu auctoris habetur, et secundum effatum, “qui facit per alium facit per se.” Procurator est tantummodo medium per quod contractus initur, et ejus consensus censetur esse consensus auctoris. Quoniam contractus procuratoris in jure est contractus auctoris, hic ejus executionem proprio nomine exigere potest, et ob eandem rationem actio ei intendi potest ad ejus executionem exigendam. Hæc vera sunt etiamsi procurator contractum proprio suo nomine confecerit, et se vicem alterius gerere nullo modo patefecerit. Sed in hoc casu ipse æque atque auctor contractui tenebitur, quod non fit quando declaret se vicem alterius gerere.

164. Procurator est aut *generalis* aut *specialis*; prioris est qui vice alterius fungitur aut in omnibus ejus negotiis, aut generaliter in aliquo negotiorum genere; alter is est qui nonnisi in aliquo negotio speciali ad vicem sui auctoris gerendam constituitur. Procurator generalis conficere potest contractus ratos et validos quibus ejus auctor obligabitur, circa totam illam materiam quam ex communi usu attingunt negotia in quibus gerendis vice sui auctoris fungitur, etiamsi quosdam contractus contra expressum mandatum sui auctoris conficit, modo

tamen iiquibuscum contrahit restrictionem ejus potestatis ignorant. Potestas vero procuratoris specialis coarctatur ad ipsum contractum ad quem nomine sui auctoris conficiendum delegatur. Itaque quando delegatur Caius tantum ad negotium aliquod speciale nomine Julii perficiendum, hic minime obligatur si ille alia negotia ejus nomine conficit; et etiam in negotio speciali quod ei committitur obeundo procurator tenetur sequi regulas consuetas quæ ab aliis in similibus rebus observantur. Procurator etiam generalis tenetur sequi regulas consuetas quæ in similibus circumstantiis communiter observantur^(a); sed omnes ejus contractus qui ex communi usu confici possunt circa negotia in quibus vice sui auctoris fungitur, hunc obligabunt. Procuratores mercatorum [*mercantile agents*] duplicis sunt generis; alii enim qui *factors* dicuntur, habent possessionem et apparens dominium rerum circa quas in contractibus conficiendis vice aliorum funguntur; alii qui *brokers* appellantur neque possessionem habent neque dominium rerum de quibus contractus ineunt, sed tantum delegantur ad contractus nomine suorum auctorum conficiendos. *Factors* appellantur *domestici* [*home*] quando vice funguntur mercatorum qui in his regionibus habitant; et *externi* [*foreign*] quando vice funguntur mercatorum qui in externis regnis suas sedes habent. Aliud est genus procuratorum qui *del credere* procuratores appellantur. Hi propter mercedem solitâ majorem (*a del credere commission*), se obligant suo auctori ad solvendum pretium omnium mercium quas vendiderint, nisi emptores pretium solverint. Remuneratio quæ solvenda est aliis mercatorum procuratoribus de quibus locuti sumus, et compluribus aliis procuratoribus, ut curatoribus auctionum, iis qui æstimationes faciunt [*valuators*], &c. usu et consuetudine determinatur, et nisi pactum speciale hac de re initum est, partes secundum usum et consuetudinem contraxisse censentur. Quando autem remuneratio neque usu et consuetudine neque pacto statuitur, actione intenta, ad juratos pertinet pretium operæ datæ determinare. Quando ex delicto aut ex negligentia, aut ex ignorantia procuratoris ejus labor nullum commodum in auctorem confert, nullam remunerationem recuperare potest^(b). Si vero auctor

(a) "Where an agent is employed, generally, to do any act, and there is a known usage of trade applicable to the particular case, the law raises a duty on his part to follow that usage in preference to any other course which his own judgment may suggest." Chitty, p. 57.

(b) "Where a broker who had purchased goods for his principal on credit, was induced by the vendor to delay the delivery till the credit had expired, when the buyer refused to receive them; it was held that the broker could not claim his commission. And if an auctioneer employed to sell an estate be guilty of negligence, or unskilfulness, whereby the sale becomes nugatory, he is not

aliquod commodum ex labore procuratoris acceperit, justam compensationem ei solvere debebit. Quatenus procurator obligetur auctori ad damna quæ ex sua negligentia secuta sunt compensanda, in tractatu de restitutione exponetur. Hic sufficit observare ad hæc damna reparanda non teneri quum egerit bona fide, et cum ea prudentia et peritia quas homines in similibus rebus vulgo adhibent. Procurator compensationem exigere nequit propter aliquod negotium *necessario* illegale, v. g. ob venditionem partium societatis illegalis; sed eam exigere potest propter negotium quod illegale esset nisi ejus auctor postea aliquem actum poneret. Sic quando Caius Julio mandat ut de damnis ex vi tempestatis navi in certa navigatione forte eventuris præcaveret (qui contractus, nisi licentia obtenta illegalis est), non autem ei committit officium licentiam impetrandi tenetur compensationem consuetam pro tali contractu conficiendo solvere; quia ipse Caius licentiam otinere potest et debet.

165. Procuratores cujuscumque generis plerumque meris verbis constitui possunt, neque delegatio scripta necessaria est, ne tum quidem quum vi statuti ad fraudes præcavendas, ipsum contractum quem vice sui auctoris conficiunt scriptis mandari necesse est. Neque necessarium est ut procurator qui *del credere* dicitur scriptis constituatur, quanquam non videtur obligari ad pretium solvendum nisi id non solverit emptor, et ideo ejus obligatio oritur ex defectu alterius; et contractus quo quis talem suscipit obligationem scriptis mandetur necesse est. Procurator vero factum [*a deed*] vice alterius exsequi nequit, nisi auctoritas ad hoc agendum ei per factum concedatur. Facultas procuratori concessa ad creandum liberum tenementum, aut statum in annos, aut aliquod commodum incertum ex agris aut tenementis (excepta locatione in spatium temporis triennio non longius); aut ad eadem commoda cedenda, aut abalienanda, (nisi agri per copiam teneantur) scriptis mandetur necesse est. Quando facultas procurandi alicui conceditur a corpore quod ex pluribus membris constat, fere semper instrumento scripto et sigillo communi corporis munito confirmari debet (*a*). Hæc præscripta spectant ad procuratorem qui ad hoc munus obeundum *expresse* constitutus est; sed

entitled to recover from the vendor any compensation for his trouble. A person who acts as an appraiser cannot recover his commission, if he be not duly licensed under the 46th Geo. III., c. 43, s. 5." Chitty, pp. 510-511.

(a) "There may be cases in which, for the benefit of trading corporations, this rule would be in some measure relaxed," Chitty, p. 196. "The authority to contract for a lease or interest in land need not to be in writing, though the authority to sign the lease or instrument by which the *interest passes* must be so." *Id.* *ibid.* n.

potest quis ex interpretatione juris procurator alterius effici. Sic si quis equum suum mittat ad eum qui stabulum equis vendendis exercet; aut si quis merces suas mittat ad atrium auctionarium, aut ad proxenetam [*a broker*] ejus negotium consuetum est hujusmodi merces vendere; venditio harum rerum erit valida quamvis earum dominus nullum mandatum expressum de vendendo dederit. Similiter quando Caius rhedarius Julii vestem famulorum domini sui propriam gerens, de Petro conduxerat equos nomine domini quibus hic usus est, coactus est Julius pretium conductionis solvere, quamvis probatum est Caium mercedem annuam consueta longe majorem accepisse, pro qua conventum est ut ipse pretium solveret pro equis quos in usum domini conduceret. Et hoc iudicium justum fuit, quia Petrus nullum indicium acceperat Caium equos propriis suis impensis conduxisse; et hoc est principium universale nostri juris, ut quandocumque ex duobus innocentibus alterutrum pati damnum necesse sit ex injustitia tertiæ personæ, is qui huic facultatem præbuerit damnum inferendi incommodum subire cogatur. Insuper etiamsi procurator contractus conficiat qui ad negotium consuetum in quo vicem sui auctoris implet non pertinent, attamen in jure præsumetur eum auctoritate potiri ad hos contractus ineundos, si eandem auctoritatem antea exercuerit, et suum auctorem hoc cognovisse, aut cognoscere potuisse, probetur.

166. Attamen si Caius navem suam Julio abalienaverit, aut in *vadio mortuo* transtulerit, et postea contraxerit cum Sylvio ut hanc navem ei locet, quanquam pretium locationis Julio debetur, Caius non potest haberi procurator Julii, eo saltem in sensu ut hic proprio suo nomine actionem Sylvio intendere possit ad pretium locationis exigendam. Iterum etiamsi Caius Julium præsentem aut per literas Sylvio commendaverit, quo facto contractus inter Julium et Sylvium initur, hoc non sufficiet ut Caius procurator constituatur, ita ut is mercedem [*his commission*] exigere possit. Sed si Caius opera sua effecerit ut contractus initusit, quanquam ipse eum non confecerit, jus ad mercedem habebit. Quando contractus irritus est quia procurator cujuscumque sit generis sine sufficienti auctoritate egerit, semper confirmari potest per subsequentem assensum auctoris, quo dato, contractus eandem vim habebit ac si procurator ab initio facultate ad eum conficiendum potitus sit; secundum enim effatum juris: "Omnis rati habitio retro trahitur, et mandato æquiparatur." Procurator sine auctoritate speciali in hunc finem concessa, officium suum alteri committere non potest, sed tenetur id per se exsequi secundum aliud effatum: "delegatus non potest delegare." Itaque si Caius qui facultate contrahendi nomine Julii potitur, suam auctoritatem sine con-

sensu Julii deleget Petro, Petrus ipsius Caii, non autem Julii, procurator erit. Insuper quando Caius Julii procurator contractum proprio suo nomine *scriptis* init cum Petro, qui cognoscit quoque Caium in contractu conficiendo vicem Julii implere, etiam seipsum Petro obligat. Vice versa si Caius contractum conficit cum Petro nomine Julii, cujus tamen procurator non est, utique ipse Caius ex contractu obligabitur; sed non poterit is actionem nomine proprio, qua auctor contrahendi, intendere Petro ad contractus executionem exigendam, nisi hic veritate cognita partem rei ex contractu debitæ a Julio acceperit. Quando quis qui cognoscitur officium procuratoris gerere, ut proxeneta, curator auctionum, &c., proprio quidem nomine sed revera vice alterius contractum init, potest auctor actionem intendere ad contractus executionem exigendam, et executione obtenta, jus procuratoris actionem intendendi ad ejusdem contractus executionem exigendam desinit. (a) Insuper quando Caius, mercibus suis procuratori ut vendantur traditis moritur nullo testamento confecto, et merces postea venduntur, administrator bonorum defuncti actionem emptori intendere potest, ad pretium mercium exigendum. Si autem auctor procuratori suo permittat contractum sigillo firmatum proprio nomine conficere, actio ad ejus executionem exigendam nonnisi nomine procuratoris intendi poterit. Similiter quando Caius permittit ut Julius qui non cognoscitur officio procuratoris fungi, pro se proprio ipsius nomine cum Petro contrahat, et postea declarat seipsum in hoc negotio auctorem esse, Petrus jure potitur ut in eodem statu ponatur ac si ipse Julius esset auctor; atque igitur si antequam Caius seipsum auctorem declarat, acquirat jus contra Julium, ita ut totum pretium rei quam ex contractu acceperit ei solvere non teneatur, hoc jus [*set-off*] etiam contra Caium valebit. Quando vero permissum est Julio qui communiter officio proxenetæ qui possessionem habet et dominium apparens bonorum quæ vendit [*a factor*], ut aliquem contractum vice Caii proprio suon omine ineat cum Petro isque pretium rerum venditarum modo consueto accipit, Caius nisi pecuniam antequam soluta est a Julio petierit, per solutionem Julio factam obligabitur. Si vero Julius officio fungitur proxenetæ qui neque possessionem habet neque dominium bonorum quæ vendit [*a*

(a) "The rule may be otherwise, where the balance of accounts between the principal and agent is in favour of the latter, and he claims the money. But the right of the principal is not interfered with by the fact, that the contract was made between two brokers, members of the same stock exchange, one of the rules of which was, that a contract made by a broker for an undisclosed principal should be regarded as the contract of the broker only—even although the principal was cognizant of such rule." Chitty, p. 209. et in note.

broker], et neque bona actu possidet, neque *indicia proprietatis* in iis ei conceduntur, solutio ipsi facta auctorem ejus non obligabit. Et etiam in primo casu si Julius non proprio suo nomine sed qua *factor* Caii cum Petro contraxisset, non potuit hic ullam partem pretii subtrahere propter jus quod contra Julium habet.

Punctum Secundum.

Quatenus auctor per actus procuratoris obligetur?

167. Jam diximus auctorem actibus sui procuratoris sive generalis sive specialis obligari quotiescumque hic agat intra fines negotii quod ei mandatum est. Attamen quanquam auctor obligatur per actus sui procuratoris, magnum intercedit discrimen inter procuratorem generalem et specialem; quando enim Caius vicem gerit Julii tantum in aliquo negotio speciali, ii qui negotia cum eo gerunt tenentur fines ejus auctoritatis investigare, et Julius non obligabitur actibus aut contractibus Caii nisi circa negotium quod ei expresse commissum est, aut circa alias res quæ in negotio commisso includi vulgo censentur. Sic Caius mandavit Julio famulo ut equum suum quadam speciali occasione venderet et traderet. Julius vero equum vendidit Petro spondens eum sanum et validum esse. Revera equus non erat sanus, quo comperto Petrus actionem Caio intendit, sed declaratum est a iudicibus Caium non esse obligatum, nisi expressum mandatum de cautione interponenda Julio dederit. Sed quando famulus aut alius auctoritatem generalem accipit ad negotia cujusdam generis gerenda, aut si ipse procurator negotia gerit, et auctor ei mandat ut quosdam actus aut contractus pro se in hoc negotio conficiat, is procurator generalis in hoc negotio constituitur, et auctor per omnes procuratoris actus et contractus in hoc negotio initos obligabitur, etiamsi contra sua mandata expressa sed privata conficiantur. Neque interest utrum in tali casu procurator contractum confecerit nomine proprio an auctoris, qui propter suum commodum alios induxit ut crederent procuratori factam esse facultatem vice sua in hoc negotio fungendi. Sic si Caius qui stabulum equis vendendis exercet, Julio stabulario suo mandet ut equum quendam vendat eique jubet ne det cautionem de sanitate equi; attamen si Julius cautionem det Petro qui equum emit et is mandatum Caii de cautione non danda ignorat, hic obligabitur; quia ut talem det cautionem in generali auctoritate Julio facta contineri rationabiliter censetur; neque supponi potest alios cognoscere ea quæ in privatis colloquiis inter dominum et famulum dicantur. Similiter Caius emit merces pro Petro a Julio pecunia

non præsenti, et Petrus postea pretium solvit. Alio tempore Petrus misit Caium ad merces emendas a Julio pecunia præsenti, sed is retinuit pecuniam, et merces fide emit; unde Petrus actione ei intenta pretium mercium solvere coactus est; quia ex eo quod antea Caio auctoritatem fecisset merces pecunia non præsenti emendi, credi potuit ei eandem facultatem in iisdem rebus dedisse. Iterum Caius opifex opera Julii variis temporibus usus est ad merces a Petro emendas pecunia non præsenti. Postea Julius inscio Caio et sine ulla auctoritate emit merces a Petro pecunia non præsenti, asserens se eas pro Caio emere; Caius actione intenta pro mercibus solvere coactus est. Sed quando facultas numquam data est Julio famulo ut merces Caio domino pecunia non præsenti compararet, non potest venditor pretium mercium, quas Julius fide domini sui interposita emit, a Caio exigere. Et quum Julius Caii famulus pretium bonorum semper solvisset certa summa expleta, Petrus vero mercator bona ultra hanc summam Julio pecunia non præsenti suppeditasset, postquam probatum est Julium hæc bona in suum commodum convertisse, Caius ab obligatione eorum pretium solvendi liberatus est; quia Petrum bona ipsius famuli fide dedisse iudicatum est. Quum Caius in alio casu exercebat machinam ad arbores dissecandos, et Julius qui negotia ejus procurabat [*his foreman*] sine ulla expressa auctoritate et inscio Caio contraxisset cum Sylvio ut ei suppeditaret certum numerum laminarum doliorum [*staves*], pretio constituto, Caius contractui stare coactus est, quia supponi debet Julio factam esse generalem auctoritatem hujusmodi contractus ineundi (a). Proxenetæ [*factors and brokers*] sunt procuratores generales; ideoque iis casibus exceptis in quibus cognoscitur usu receptum esse ut eorum auctoritas restringatur quanquam limites restrictionis non cognoscantur;—omnes contractus ab iis confecti in negotiis consuetis peragendis eorum auctores obligant, nisi ii quibuscum contrahunt cognoscant eorum auctoritatem in quodam casu esse circumscriptam, aut nisi fraus aut collusio intervenerit. Quod verum est sive ii quibuscum contrahunt cognoscunt proxenetæ vice aliorum

(a) "The general rule is that the master is answerable for every wrong committed by the servant or agent in the course of the service, and for the master's benefit, though no express command or privity of the master be proved. But the master is not liable for the wilful act of his servant, in committing a fraud or tort, out of the scope of his authority, or inconsistent with the course of his employment. It is said that in an action on contract, the representation of the agent is the representation of the principal; but in an action for deceit the misrepresentation or concealment must be proved against the principal." Chitty,

contrahere sive hoc ignorant. Jam etiam vidimus contractum quem Caius iniit nomine Julii sine ulla auctoritate, ratum esse *a tempore quo initum est*, modo postea a Julio confirmatus sit; sicut enim ex præviis negotiis consensus auctoris ad actus subsequentes procuratoris præsumitur, ita etiam ejus assensu et comprobatione subsequenti actus prævii illius qui ejus nomine egerit confirmari censentur. Quum itaque proxeneta [*a broker*] sine sui auctoris auctoritate contractum scriptum de venditione bonorum confecisset, cui postea ejus auctor assensum dedit, a tribunalibus declaratum est proxenetam fuisse procuratorem debite constitutum etiam eo tempore quo contractus confectus est. Confirmationem quoque datam esse ex levibus indiciis judicabitur, et quando semel probatum est Caium fuisse Julii procuratorem in aliqua parte negotii de qua disceptatum est, eum hac facultate in toto negotio potitum esse declarabitur. Si autem Caius neque ullam potestatem contractum nomine Julii conficiendi accepit, neque tempore quo contractum iniit se agere pro eo professus est, subsequens assensus Julii non sufficiet ad eum ut auctorem Caii in hoc contractu conficiendo obligandum. Neque obligatur auctor per contractus procuratoris quando eos conficit circa res quæ connexæ non sunt cum negotiis in quibus vicem sui auctoris gerit. Sic famulus cui nunquam mandatum est ut alia negotia gereret præter ea quæ ad suum ipsius munus pertinebant, non potest dominum suum obligare per contractus de rebus quæ ad usus victumque familiæ non attinent, neque ad pecunias ex chirographis solvendas quæ sine auctoritate domini sui fide ejus confecerit. Et idem est de syngraphis quibus nomen domini sine auctoritate subscripserit. Neque potest proxeneta [*a factor*] fidem sui auctoris interponere in syngraphis conficiendis, neque ejus nomen a tergo instrumenti inscribere sine speciali auctoritate. Neque potest curator [*the manager*] metalli [*a mine*] ex auctoritate *implicita* pecuniam mutuum fide sociorum [*the shareholders*] sumere, ne ad metallum quidem exercendum; neque tenetur societas cujus est via ferrea solvere chirurgum mercedem [*his fee*] pro opera quam reddidit viatori qui vulnus accepit dum via ferreâ iter faceret, etsi custos vehiculorum aut viæ ferreæ præfectus chirurgum ut det operam rogaverit. Si autem curator generalis viæ ferreæ operam chirurgi postulasset, societas ei mercedem solvere teneretur.

168. Si consuetudo sit in aliquo negotio gerendo ut bona vendantur pecunia non præsentī, potest procurator hæc vendere ea conditione ut emptores pretium nonnisi post modicum tempus solvere teneantur. Si autem contractus etiam ab ipso procuratore initus sit ut pretium solvatur quando bona traduntur, is nulla potitur auctoritate ad bona emptori tradenda, nisi eodem tempore

pretium accipiat. E converso is qui pecuniis collorandis dat operam [*a stock broker*] aut auctionum curator, vendere non potest nisi pecunia præsenti sine expresso consensu sui auctoris, quia talis est consuetudo in hujusmodi negotiis gerendis. Quando auctoritas contrahendi pluribus commissa est, nisi omnes ad contractum conficiendum conveniunt auctor communiter non obligatur^(a). Julius procurator Caii (qui tamen neque scriba ejus est neque famulus) cui is committit possessionem bonorum aut instrumenta ^(b) quibus hæc bona sibi vindicat, hæc deponere potest ut pignus vel cautionem apud Petrum propter pecuniam aut sibi ipsi aut alteri, illo rogante, datam, etiamsi is cui traduntur cognoscat hæc non esse Julii propria; dummodo ne dentur ut pignus propter debitum antea contractum ^(c), et Petrus pecuniam bona fide dederit, neque indicium acceperit Julio factam non esse potestatem bona pignori dandi, neque cognoverit eum contra fidem auctori debitam egisse. Si autem bona, &c., tradita non sunt Petro eo tempore quo pecuniam Julio dedit, sed hic scriptis promisit se bona pignori postea traditurum, attamen si Caius *ante* traditionem bonorum Petro indicaverit Julium non habere potestatem bona oppignerandi, et postea pignori dentur, hic contractus erit irritus, non autem si data sunt ante indicium acceptum. Sed quando Julius et Petrus se obligabant ex chirographo communi ad trecentas libras solvendas, et Petrus hanc summam dedit Julio ad debitum solvendum acceptis a Julio bonis Caii in pignus, hic contractus irritus declaratus est, quia hæc pecunia non fuit vere mutua data. Quando Julius contrahit cum Petro proprio suo nomine, sed tamen vice Caii auctoris sui, si Petrus tempore contractus ignorat Julium pro Caio contractum inire, hoc postea comperto ejus executionem a Caio exigere potest. Et hoc iudicium

(a) "But this rule would seem not to be strictly followed in cases of mercantile agency." Chitty, p. 204. n.

(b) Certificates of railway stock are not included in this enactment.

(c) "It would seem that an agent may pledge the property of his principal for an *antecedent* debt, to the extent of his *own liens* thereon at the time of the pledge, provided the pawnee had not at that time notice that the pawnor is an agent. The principal will be bound by a pledge by his agent of negotiable securities, such as bills or notes indorsed *in blank*, or exchequer bills payable to bearer, or bonds payable to holder." Chitty, p. 206. (An indorsement in blank is one in which the indorser writes his name on the back of the bill or note, without writing the name of the indorsee). "If at the time of the sale the seller knows, not only that the person who is nominally dealing with him is not principal, but agent, and also knows who the principal really is, and, notwithstanding, chooses to make the agent his debtor, dealing with him and him alone, he cannot afterwards, on the failure of the agent, turn round and charge the principal, having once made the election when he had the power of choosing between the one and the other." Tenterden, C. J. ap. Chitty, p. 207.

confirmatum est, etiam quum Julius tempore contractus declarasset se esse merum procuratorem, sed nomen sui auctoris non indicasset, neque hoc ab eo requisisset Petrus, sed contractum cum Julio proprio suo nomine confecisset. Quando vero Petrus non solum cognoscit Julium esse merum procuratorem, sed etiam quis sit is cujus procurator est, et nihilominus vult procuratorem facere suum debitorem, nulla mentione Caii facta, non potest efficere, ut Julio deficiente, Caius propter hunc contractum obligatus sibi reddatur. Quando vero auctor obnoxius est propter contractum a suo procuratore proprio nomine initum, et alter contrahens mavult actionem auctori potiusquam procuratori intendere, hoc intra tempus rationabile facere tenetur. Et quamquam auctor nullo modo excusatur a solvendo pretio mercium quas per procuratorem emerit, ea sola ratione quod dederit pecuniam procuratori ut pretium illico solveret, attamen si aut verbis aut actibus venditoris inductus esset ut pretium procuratori daret quasi totum negotium inter ipsos solos sine ejus interventu transigendum esset, venditor non poterit postea pretium ab auctore exigere. Similiter si alter contrahens postquam cognoverit quis sit auctor cujus gratia contractus, etsi nomine procuratoris initus, revera confectus est, sinat diem solvendo præstitutum transire nullo indicio auctori dato, qui postea pretium mercium suo procuratori solverit, is ab onere solvendi pretium, procuratore deficiente, liberabitur; quia auctor præsumere potest contrahentem fide solius procuratoris innixum res suas vendidisse. Quum actio intenta fuerit procuratori qui contractum suo nomine confecit, actio altera ex eodem contractu auctori intendi non poterit.

Punctum Tertium.

Quatenus ipse procurator ex contractu a se inito obligetur? et quatenus actionem ad contractus executionem exigendam intendere possit?

169. Jam supra diximus procuratorem se obligare quum proprio suo nomine et tanquam auctor contrahit; neque posse seipsum liberare ab hac obligatione si scriptis sic contraxerit, etiamsi probaret alterum contrahentem tempore quo fieret contractus cognovisse se nonnisi tanquam alterius procuratorem egisse. Sed insuper potest procurator ita conficere contractum qui pro suo auctore expresse initur ut seipsum etiam obliget. Si enim Caius procurator per factum propria manu et sigillo confectum paciscitur pro seipso, suis heredibus, administratoribus, &c., Julium pro quo et cujus vice factum conficit, pecuniam quam debet Sylvio soluturum, Caius seipsum obnoxium reddit. Iterum Caius Julii

procurator pactum scriptum nomine suo cum Petro confecit, quo spondit se locationis instrumentum quo certi agri Petro concederentur perfecturum; sed expresse declaratum est in ipso instrumento Caium hunc contractum inisse vice Julii qui erat dominus agrorum; attamen a iudice declaratum est ipsum procuratorem ad hunc contractum exsequendum obligari. In alio casu Caius et Julius magistri cujusdam societatis [*a joint-stock company*] chirographum hac forma scriptum Sylvio tradiderunt: Postulatione facta conjunctim et separatim promittimus nos soluturos Sylvio, aut cuilibet alteri qui ejus auctoritatem ad hanc pecuniam accipiendam exhibuerit, summam 250 librarum, quæ pecunia pro societate et in ejus commodum accepta est. Huic instrumento nomina sua subscripserunt Caius et Julius utpote magistri ejusdem societatis. Ex verbis *separatim promittimus* a tribunalibus declaratum est Julium et Caium seipsos [*personally*] obligasse ad hunc contractum exsequendum. Item quum libello [*an indictment*] de nocumento [*a nuisance*] contra parœciam quandam dato ea in judicium adduceretur quod viam publicam reparare neglexisset, pactum initum est inter duos procuratores litium [*attorneys*] quo unus ex iis *ex parte parœciæ* suscepit ut impensas in litem factas solveret; et hoc pacto ipsum procuratorem obligari declaratum est. Similiter si litium procurator in aliqua lite recipit scriptis ut de causa desistat [*to withdraw the record*], et impensas in litem factas solvat, ipse ad hunc contractum exsequendum obligabitur. In alio casu Caius procurator litium Julii cui munus administrandi bona Sylvi qui foro cesserat demandatum est, scripsit his verbis ad dominum agrorum quos tenebat Sylvius, cujus bona in agris inventa propter redditum non solutum pignori acceperat Paulus: Ego cognitor Julii administratoris bonorum Sylvi [*the assignee*] recipio et spondeo me redditum agrorum domino soluturum, &c.: quo instrumento ipsum cognitorem obligari declaratum est. Insuper ipse procurator obnoxius erit iis quibuscum contrahit, quotiescumque fines suæ auctoritatis egredietur, si ii hoc ignorent; aut si ex fraude limites suæ auctoritatis detorqueat, aut si aliquid faciat quod falso credit esse intra suæ auctoritatis limites, et alteri parti facta non exponat, quibus is æque ac procurator judicare possit, utrum ad contractum qui initur auctoritas ejus sufficiat neque. In omnibus istis casibus actio procuratori intendi poterit propter violationem contractus impliciti qui fit quum profitetur se habere potestatem quam exercet, et in duobus prioribus casibus etiam propter ea quæ de auctoritate sua falso affirmavit. Sed quando procurator sine auctoritate contractum conficit nomine alterius quem suum auctorem esse in hoc negotio declarat, videtur hoc *per se* eum obnoxium

non reddere actioni *ad ipsius contractus executionem exigendam*, sed tantummodo ob ea quæ falso affirmavit, nisi *probetur* ipsum vere fuisse auctorem contractus quem nomine alterius iniit. Quando vero contractus initur a proxeneta [*a factor*] in his regionibus nomine mercatoris peregrini, nisi contrarium probetur aut ex ipsis verbis contractus, aut ex usu negotii in quo versatur, præsumetur merces ideo tradita esse, quod crederetur non mercatorem alienum sed proxenetam indigenam pretium solvere teneri.

170. Quum vero Caius et Julius magistri cujusdam societatis chirographum Sylvio his verbis tradidissent: Post tres menses a die in his literis scripto nos duo ex magistris Asiaticæ societatis per dictam societatem et ex ejus parte promittimus nos Sylvio soluturos summam centum librarum, pretio accepto [*value received*]; declaratum est eos ipsos hoc chirographo non esse obligatos. Iterum quum Caius indicium dedisset Julio cui administratio bonorum Sylvi qui foro cesserat commissa est, se jus habere ad partem bonorum Sylvi ex quodam instrumento scripto quod Anglice vocatur *a bill of sale*, quod ei in modum vadii mortui traditum est, et quum ideo Petrus Julii cognitor literas scripsisset Paulo Caii cognitori ex parte Julii et vice ejus, ut si Caius bona venderet, pretium bonorum quæ in indice rerum venalium recensita erant huic traderetur habendum usquedum ejus debitum solutum esset; declaratum est Petrum ipsum ad hoc debitum solvendum his literis non esse obligatum. Porro si ex ipso instrumento appareat non esse partium contrahentium voluntatem ut procurator obnoxius sit, is excusabitur, etiamsi verba in eo inveniuntur quæ *per se* eum obnoxium reddere viderentur. Sic Caius auctionum curator mandato accepto a Julio ut ejus prædium venderet, contractum proprio nomine, sed qua procurator Julii, iniit cum Sylvio de prædii venditione. Paulo post Julius ipse instrumento nomen suum subscripsit his verbis additis: confirmo hunc contractum, et comprobo id quod Caius fecit quando ei mea vice subscripsit: causa apud judices delata declaratum est Caium per se non esse obligatum, tum quia primus contractus eodem modo accipi potuerit, tum etiam quia contractus et ejus comprobatio a Julio nonnisi unum contractum efficere videbantur. Potest etiam procurator in contractu conficiendo pactum apponere ne ipse ullo modo obligetur, aut ut sua obligatio post certum tempus desitura sit.

171. Famulus aut procurator actionem intendere nequit ad exigendam executionem contractus quem nomine et vice sui auctoris inerit; quia neque famulus neque procurator ullum commodum proprium ex contractu percipit, neque ullam *proprieta-tem specialem* circa materiam contractus possidet. Sic Caius

proxeneta [*a broker*] cui mandaverat Julius ut quantitatem vini Indici [*rum*] venderet, contractu inito cum Sylvio de eo vendendo, scripsit ad eum his verbis: Sylvi, emi hodie a Julio nomine meo proprio et in tuas rationes retuli 259. cados vini Indici sexcentis libris; et paucis aliis rebus additis, nomen suum subscripsit. Declaratum est Caium proprio suo nomine actionem intendere non posse ad hujus contractus executionem exigendam. Neque potest is qui pecunias curatorum dispensat [*the treasurer of trustees*], qui pro iis contractus conficit, neque urbis prefectus qui contrahit pro corpore, actionem intendere proprio suo nomine propter violationem horum contractuum. Idem dicendum est de navarcho qui actionem intendere nequit ad compensationem exigendam quod navis in aliquo portu longius justo detenta est [*for demurrage*]. Sed in his casibus supponitur auctorem contractus alteri contrahenti cognitum esse; si enim procurator suo nomine contrahat nulla facta mentione auctoris, actionem proprio nomine intendere potest. Insuper si Caius procurator merces proprio nomine emat, declaratque venditori Julio, se contractum inire vice alterius cujus tamen nomen non manifestat, et merces iterum vice auctoris quem non appellat Sylvio vendat, actionem proprio nomine Julio intendere potest ad mercium traditionem exigendam, etiamsi ejus auctor Petrus contractui renuntiat, et pactum conficit cum Caio quo promittit se nullum commodum ex contractu reportaturum.

Procurator qui commodum ex contractu percipit, aut qui specialem proprietatem circa materiam contractus possidet, ut proxeneta [*a factor*], mercium vector, auctionum curator, is qui conditorium habet ad merces asservandas [*a warehouseman*], &c., actiones proprio nomine intendere potest, nisi tamen auctor malit ipse per se cum aliis contrahentibus lege agere.

Punctum Quartum.

Quomodo potestas procuratori concessa revocari aut terminari possit?

172. Terminari potest 1. per expressam auctoris revocationem, aut per renuntiationem ex parte ipsius procuratoris; 2. morte vel auctoris vel procuratoris, aut si alteruter ex iis foro cesserit; 3. lapsu temporis; 4. mandati executione. Quando pacto expresso, aut ex usu alicujus negotii, tempus præfinitur intra quod aliquis actus a procuratore perfici debet, quum id tempus advenerit desinet procuratio. Similiter quando procurator rem sibi mandatam executus est, desinit ejus potestas quia *officio functus est*. Sed

quum revocatur potestas procuratoris, debet hoc publice declarari, aut manifestari iis quibuscum contractus conficit, quando hi cognoverunt ei facultatem datam esse contractus nomine sui auctoris conficiendi. Sic Caius Julii famulus facultatem acceperat chirographa nomine sui domini conscribendi. Post aliquod tempus Julius eum dimisit, Caius tamen chirographa nomine Julii conscribere non destitit. Actione Julio intenta declaratum est eum obligatum esse, si aut chirographa intra tam breve tempus post dimissionem Caii confecta essent, ut homines eum dimissum esse vulgo scire præsumi non posset; aut etiamsi dimissus esset multo prius quam chirographa conscripsisset, si dimissio tam secreto facta esset ut homines [*the world*] hujus rei nullam cognitionem habere potuerint. Iterum Petrus, famulus Pauli cui data erat facultas pecunias nomine sui domini exigendi, accipiendi, et solvendi, ducentas libras nomine Pauli a Sylvio mutuatus est, postquam a famulatu Pauli decesserat. Sylvius ignoravit Petrum a famulatu decessisse, et actione intenta Paulus pecuniam solvere coactus est. Quin etiam dicitur per emptionem aut venditionem a procuratore confectam post mortem ejus auctoris, eos qui vicem defuncti gerunt obligatos esse, nisi alii contrahentes indicium de morte auctoris acceperint.

Insuper auctor non semper potest ad suum merum arbitrium facultatem procuratori concessam revocare. Si enim procurator rem sibi mandatam jam ex parte executus sit, non potest auctor facultatem negotium perficiendi revocare, donec compensationem faciat procuratori propter laborem et impensas quas in re peragenda subierit. Deinde si aliquod emolumentum [*an interest*], cum auctoritate procreationis conjunctum sit, auctoritas revocari non potest. Sed quum procuratores hoc modo constituuntur, pactum iniri necesse est, pretio sufficiente statuto, quo, v. g. Petrus facultatem concedit Paulo aliquos actus suo nomine conficiendi, *eo fine* ut ex facultate concessa aliquod emolumentum a Paulo ipso percipiatur. Utique proxenetæ, auctionum curatores, aliique procuratores emolumentum ex officiis peragendis percipiunt; sed hoc datur ut pretium laboris, et facultas eis ab eorum auctoribus data, non ideo conceditur ut procuratores lucrum faciant, sed in commodum ipsorum auctorum. Immo quando Caius proxeneta [*a factor*], accepit a Julio merces vendendas, et huic pecuniam in antecessum dedit, quam pecuniam Julius quando hoc facere rogatus est solvere neglexit, actione intenta declaratum est hanc pecuniam mutuam non esse tale commodum, quale procreationem Caii irrevocabilem redderet. Si vero Julius pretio accepto pactum fecisset cum Caio proxeneta ut merces suas ei traderet vendendas ob commodum quod inde perciperet Caius, non poterat faculta-

tem vendendi revocare; et si revocasset sine justa causa, lucrum quod ex earum venditione perceperisset Caius solvere teneretur.

§ 3^{us} *An et quo modo contractus qui aut irritus est, aut qui rescindi potest juramento confirmetur?*

Punctum primum.

Utrum ex religione obliget, et ideo ex hac virtute servandum sit juramentum quod in confirmationem contractus irriti aut rescindibilis datur?

173. Juramentum contractui adjungi potest duobus modis, 1. ut quis eo confirmet se vere et ex animo contractum inire, et tunc dicitur assertorium; 2. ut confirmet se fideliter rem executurum, et tunc dicitur promissorium. “Juramentum,” ait Billuart (a) “potest dupliciter contractui adjici, 1^o si jures te donare, te promittere, te vendere, &c. Et hoc juramentum est simpliciter assertorium, neque contractum magis confirmat aut irrevocabilem facit quam si non esset appositum, quia nullam post se obligationem relinquit, sed tota extinguitur cum actu de quo juratur; sic enim jurando ad nihil aliud obligaris quam ad sincere donandum, promittendum, &c. 2. Si jures te contractum semper servaturum, te nunquam revocaturum, &c. Et de hoc juramento quæritur utrum firmet contractum. Aliud est juramentum esse validum, aliud contractum ex juramento valere et firmari. Juramentum dicitur esse validum quando servari debet ex virtute religionis, propter reverentiam divini Numinis, quamvis ex eo nullum jus acquiratur ei in cujus favorem juratur. Dicitur firmare contractum, quando illum in sua specie validum facit, ita ut ei in cujus favorem juratur acquiratur jus, et obligationi religionis superaddatur obligatio justitiæ.” Duo itaque hic discutienda sunt: 1^o. utrum juramentum quo contractus aut irritus aut rescindibilis confirmatur ex virtute religionis servari debeat? 2^o. Utrum ipsum contractum firmet ita ut ex justitia obliget et sine injustitia rescindi non possit? Magnum vero intercedit discrimen inter effectus juramenti contractui adjecti quando tantummodo ex virtute religionis servandum est, et quum insuper confirmat ipsum contractum eumque ratum et irrescindibilem reddit. In priore enim casu contractus nullo modo mutatur, sed est irritus aut rescindibilis eodem modo ac si juramentum nunquam datum esset, et tantummodo manet obligatio rem juratam præ-

(a) De Contractibus, Dissert. 1. art. 6.

tandi propter reverentiam divini Nominis. Hinc obtenta dispensatione a juramento nulla restat obligatio si contractus sit irritus; et si sit rescindibilis, ejus rescissionem exigere potest is qui juramentum præstitit. Omnino aliter esset si ipse contractus per juramentum ratus aut irrescindibilis redderetur, quia tunc etiamsi obligatio juramenti ex virtute religionis auferatur, contrahens adhuc manet ex virtute justitiæ alteri contrahenti astrictus, et contractum ex justitia exsequi tenetur. Insuper ad obtinendam dispensationem a juramento in primo casu sufficit ratio ob quam contractus juste aut irritus aut rescindibilis est. Præterea quando obligatio *tantummodo* ex religione oritur, sufficit *momentanea* rei traditio, quæ statim repeti potest, et alter ex justitia eam reddere tenetur. Deinde obligatio justitiæ transit ad eos qui in bona defuncti successerunt, et quæ ex ea debentur, eodem modo quo alia debita defuncti solvere tenentur.

174. Circa obligationem juramenti ex virtute religionis hæc regula generalis a doctoribus traditur: *Quoties id quod promittitur potest sine peccato aut damno tertii impleri, juramentum plerumque obligat; quoties vero id quod promittitur ne sine levi quidem peccato præstari potest, juramentum nullam obligationem inducit.* Quæstio est de juramento promissorio facto homini, quia si factum sit soli Deo, necesse est non solum ut res non sit mala, sed insuper ut sit bona. Probatur 1^a pars regulæ; quia quum res jurata præstari potest sine peccato, eam præstare tene-mur ob honorem et reverentiam divino nomini debitam, ne Deus ut testis falsitatis invocetur. Probatur etiam ex jure canonico: ubi enim Pontifex loquitur (a) de juramentis quæ fiunt in confirmationem contractuum irritorum, declarat: “Servari debere hujusmodi juramenta, sine *vi*, et *dolo*, *sponte* præstita, cum in alterius prejudicium non redundant, nec observata vergunt in *dispendium salutis æternæ*.” Ex hoc textu etiam secunda pars regulæ probatur, et confirmatur ex regula juris. “Non est obligatorium contra bonos mores præstitum juramentum” (b). Et evidens est ex ratione, quia ut sæpe diximus nemo obligari potest ad peccatum committendum.

175. Diximus juramentum quod licite impleri potest plerumque obligare ex religione, quia quædam dantur exceptiones. Prima est, nisi lex irritet non solum contractum sed et ipsum juramentum, prout irritat renuntiationem etiam juratam Novitii, nisi sub certis conditionibus fiat (c), et matrimonium etiam juratum quod ex

(a) C. Cum contingat, de jurej.

(b) Regal. non est, juris in 6.

(c) Conc. Trid. sess. 25. c. 16. de regularibus.

metu gravi initum est (a). Secunda est, quum is in cujus gratiam juramentum factum est, rem promissam aut non omnino aut non valide acceptat, quia quum juramentum est accessorium actui supra quem cadit, sequitur naturam illius: accessorium enim sequitur naturam principalis (b). Addunt plures (c), talem promissionem revocari posse ante acceptationem, etiamsi promittens juraverit se illam non revocaturum. Sed hoc pendet ex intentione jurantis; si enim ille voluit se obligare nisi alius promissionem accipere recuset, utique tenetur promissionem non revocare donec promissarius suam intentionem manifestet; si autem simpliciter juraverit se illam non revocaturum, eam ante acceptationem revocare potest, quia mens ejus censetur esse, ut velit non revocare postquam promissio acceptata fuerit, et quum id fieri possit sine prejudicio alterius.

176. Quod attinet ad secundam partem regulæ, nempe juramentum contra bonos mores præstitum non esse obligatorium, observandum est quæstionem esse de bonis moribus naturalibus, quos nequit quis transgredi sine peccato. Et ad hos pertinere dicenda sunt ea omnia quæ in novo fœdere præcipiuntur aut prohibentur. Alia autem prohibentur jure humano sive ecclesiastico sive civili, et hoc fieri potest duplici modo, 1º. ita ut contractus contra hæc præscripta initi sint etiam peccaminosi et contra bonos mores; et 2º. ut sint irriti aut rescindibiles ob commodum unius ex contrahentibus, non autem illiciti aut contra bonos mores. Juramenta præstita in confirmationem contractuum qui sub pœna peccati jure sive ecclesiastico sive civili prohibentur, sunt omnino irriti, quia revera sunt illiciti, et si rati essent ad peccatum committendum obligarent. Sed quoniam plerumque leges non dicunt utrum contractus prohibitus sit ut illicitus et peccaminosus, an tantummodo in utilitatem alterutrius contrahentis, auctores hanc regulam tradunt: nempe *juramentum appositum contractui qui primario aut principaliter irritus efficitur propter bonum publicum, esse irritum et nullum*, cujus rei exemplum habetur in casu clerici qui jurat se renunciare privilegio canonis aut fori, quia non potest renunciare privilegium quod non in ipsius privatum commodum, sed propter totum ordinem constitutum est. “Non valet etiam juramentum non accusandi aliquem, quem alias ex lege, vel officio, aut præcepto judicis aut prælati accusare aut denunciare teneris, et sic de aliis, in quibus semper considerare oportet, an res quæ

(a) C. Significavit, Extrav. de eo qui duxit lib. 4, lit. 7.

(b) C. ult. C. de non numerata pecunia.

(c) Cf. ap. Salmant. de Contract. c. 1. Punct. 7. n. 59.

sub juramento promittitur, secluso illo juramento possit sine peccato fieri.”(a)

Hanc regulam in tota sua extensione non admittit Lugo. “Dicunt autem,” ait(b), “tunc legem primarior espicere utilitatem privatam, quando ex ejus transgressione non læditur immediate bonum commune, secus quando ex transgressione læditur immediate bonum commune, ut cum prohibetur ne equi, vel arma, vel frumentum extrahatur. Alii tamen hanc regulam reprobant, quia gratis dicitur juramentum esse invalidum, si actus super quem cadit irritus sit ob “favorem publicum, cum *non est peccatum*. Distinguendum itaque existimo in utriusque generis legibus, et attendendum an lex illud quod juratur ita prohibuerit, ut id ipsum sine culpa fieri non possit: quod quia frequentius contingit, quando contractus est prohibitus propter bonum commune, quam quando prohibetur propter utilitatem privatam contrahentis, ideo frequenter illi priores non poterunt juramento confirmari, licet posteriores frequenter possint. Aliquando ergo, lex prohibet non solum contractum, sed etiam ejus executionem, ut cum canonicis prohibetur donare absentibus distributiones, &c., quod quidem fit propter bonum publicum, et ad tuendam assistentiam in choro; quare quodlibet pactum in contrarium, nullo modo juramento confirmari posset, quia esset contra bonos mores. Ejusmodi etiam sunt pacta simoniaca. . . Aliquando vero prohibetur contractus, non tamen ejus executio, ut quando prohibetur ludus, non tamen solutio, et tunc postquam aliquis amiserit, poterit ex juramento præcedenti obligari ad solvendum et non repetendum. . . Attendendum ergo semper ad id quod per legem prohibitum est; illud enim juramento promitti non potest; quando vero id quod juratur *prohibitum* non est, sive *prohibitio* facta fuerit ob bonum publicum, sive ob bonum privatum, juramentum obligabit, et ex hoc capite non est cur non possit confirmare contractum.”

177. Revera tamen distinguendum est inter contractus qui jure humano *irriti* redduntur ob bonum publicum, quia ipsa materia immediate bono publico nociva censetur, et eos qui irriti efficiuntur quia solennitates quæ ob bonum publicum præscribuntur, in iis conficiendis servatæ non sunt. Quum contractus irritus declaratur quia ipsa materia bono publico nociva est, ut vendere naves, arma, frumentum hostibus, juramentum quo quis se obligat ad servandos contractus contra has leges ineundos, semper illicitum et irritum est, utpote bono publico nocivum. Si

(a) Lugo, Disp. 22. n. 197.

(b) Loc. cit. n. 227. et seq.

vero una pars arma, &c., acceperit, utique ex justitia tenetur aut arma restituere aut pretium solvere, et juramentum quo se obligaret ad hoc faciendum, videretur esse licitum et ratum. Si vero altera pars armis, &c., acceptis pretium nondum solverit, is tenetur pretium restituere, neque potest arma, &c., tradere, et juramentum quo se astringeret ad hoc esset irritum. Et hoc puto dicendum esse de legibus quæ primario ordinantur in bonum publicum, etiamsi non obligent in conscientia nisi post sententiam; quales sunt leges quibus vectigalia imponuntur, ut suo loco dicemus. Quia etiamsi leges evitari possint mediis licitis sine peccato, attamen juramentum quo quis se obligaret talibus contractibus stare, esset bono publico perniciosum et irritum. Hanc doctrinam tenet Suarez doctor eximius (a); ait enim; "Si lex prohibet pactum vel promissionem ut nocivam bono communi, ideo est, quia supponit esse contra bonum commune, quod cives obligentur ad talem actum. Quia licet daremus actum illum non esse malum, nihilominus negari non potest quin futurum sit parum conveniens bono communi, quod satis est ut tale juramentum non obliget. Ut licet vera esset sententia quæ dicit, legem prohibentem ferre extra regnum equos vel similes res, non obligare in conscientia, sed tantum ad pœnam: nihilominus juramentum de ferendis talibus rebus extra regnum non obligaret et esset iniquum, quia esset perniciosum republicæ, et ideo licet talis actus secundum se non esset peccatum, facere illum quasi ex vinculo juramenti esset malum. Itaque censeo juramentum contrarium legibus immediate consulentibus bono communi, semper esse contrarium bonis moribus naturalibus."

Quum vero contractus irritus est tantummodo ex defectu solennitatum, juramentum quo quis se obligat huic contractui stare ratum est, quia quamvis actus irritus est ex defectu formæ, et solennitas etiam propter bonum publicum exigitur, attamen materia contractus nullo modo illicita redditur.

178. Si autem contractus non sit *irritus* sed *rescindibilis* ad arbitrium unius ex contrahentibus, hoc fieri potest vel quia contractus ex errore, dolo, vel fraude initus est, vel quia lex quibusdam personis, ut minoribus, uxoribus, &c., privilegium concedit suos contractus rescindendi, ut ab hominibus astutis ne circumveniantur. De juramento adjecto contractibus qui rescindi possunt propter errorem, dolum, aut metum injuste incussum statim infra dicetur. Si vero contractus sit rescindibilis in commodum alicujus privati hominis, juramentum sine errore, aut dolo, aut vi datum quo minor vel uxor se obligat huic contractui stare ratum

(a) De Juramento, lib. 2. cap. 26. n. 7.

et validum est, modo in alterius præjudicium non redundet. Hæc doctrina omnino conformis est textui quem n. 174, ex jure canonico protulimus. Probatur, quia quisque renunciare potest privilegium quod in ejus favorem concessum est, quando hoc fieri potest sine præjudicio alterius; insuper nostra lex neque irritat hos contractus, neque eorum executionem vetat, sed tantummodo minori, &c., privilegium eos rescindendi concedit. Diximus *sine præjudicio alterius*, quia juramentum minoris aut uxoris obstare nequit quin tutor aut maritus rescissionem contractus exigere possit. Idem dicendum est de contractibus qui neque irriti sunt neque rescindibiles postquam executioni mandati sunt, sed quorum executio apud tribunalia exigi nequit. Tales sunt plures contractus simplices quorum executio apud tribunalia exigi nequit nisi scriptis mandentur; talis quoque est contractus sponsionis [*betting*] &c.; lex enim tantummodo denegat actionem qua horum contractuum executio obtineri possit. Quoniam itaque lex horum contractuum executionem minime prohibet, juramentum quo quis ad contractum exsequendum se obligat licitum et ratum est.

179. Acriter controvertitur inter theologos utrum juramentum ex errore, metu, vel dolo, contractui adjectum obliget ex virtute religionis? Docet Lugo (a) juramentum per metum injustum vel per dolum extortum debere impleri, cum sine promittentis peccato id fieri possit. Profert Lessium in gratiam hujus opinionis, qui tamen quod attinet ad dolum aperte contrarium docet (b). Distinguendum est inter juramentum quod per errorem vel dolum, et id quod per metum injustum extortum est, ut bene observant Salmanticenses (c). Hi post Lessium (d), Sanchez (e), aliosque doctores docent juramentum dolo aut errore *circa substantiam rei* extortum omnino invalidum esse nec indigere relaxatione. Sed hoc manifestum est, aliter enim homo ex juramento teneretur aliquid facere quod nunquam jurasset. Et idem evidens est si error versetur *circa substantiam contractus*, puta si Caius Julio petente jurasset se certum equum huic traditurum intelligens se hunc equum Julio venditurum; Julius autem non voluisset equum emere, sed gratis accipere. Manifestum est Caium non teneri per juramentum equum Julio donare. Neque etiam Caius obligari videtur ad equum vendendum, quia juramentum ex errore substantiali datum est, et sicut contractus jure naturæ est prorsus irritus, ita et juramentum quod huic annectitur; quia Caius

(a) Disp. 22. n. 195.

(c) De Contract. c. 1. n. 60.

(b) Cf. Lessius, lib. 2. c. 17, n. 51. et

(d) Locis cit.

c. 42. n. 34.

(e) De Matr. L. 4. disp. 20, n. 3.

tantummodo voluit ex virtute religionis contractum de venditione equi confirmare. Sed revera non tantum error aut dolus circa substantiam rei aut contractus irritum reddit juramentum huic contractui adjectum; sed et omnis error vel dolus qui positive dat causam contractui, irritum reddit juramentum quod in ejus confirmationem prolatum est. Quanquam enim talis consensus sufficit ut contractus onerosi rati sint, nullo tamen modo, sufficit ut obligetur is qui deceptus est ad contractum exsequendum. Jamvero juramentum promissorium attinet ad executionem contractus, et ideo quicquid efficit ut is qui deceptus est possit ad arbitrium suum recusare contractum exsequi, irritum reddit juramentum quod huic contractui simpliciter adjectum est; secundum effatum: juramentum sequitur conditionem actus supra quem cadit. Et confirmatur exemplis: suppono Caium falso persuasisse Berthæ nobili puellæ se nobilem et divitem esse; qua ratione mota hæc contrahit sponsalia cum illo, juratque se huic contractui staturam. Ante tempus quo conventum est ut matrimonium iniretur, Bertha invenit Caium vulgarem et pauperem esse. Quis diceret Bertham vi juramenti teneri Caium ducere? Iterum Caius vult equum emere ad currum suum trahendum; Julius dicit se possidere equum in hunc usum omnino paratum; ob quam causam Caius pactum init cum Julio quo se obligat ad equum post lapsum mensis emendum, et hoc pactum juramento confirmat. Postea invenit Caius equum omnino inutilem esse ad currum trahendum, seque a Julio turpiter deceptum esse. Nonne ex communi sensu hominum hoc juramentum irritum est?

180. Ad hanc materiam illustrandam non erit inutile investigare sensum hujus effati; nempe juramentum sequi naturam contractus cui annectitur. Si enim res ita se habet, quo modo dicitur ex religione servandum esse juramentum quo minor se obligat ad non petendam rescissionem contractus, aut quo aleator se obligat ad ea solvenda quæ ludo amiserit? Sed sensus effati est, juramentum sequi conditiones contractus, *nisi in quantum is qui juramentum dat, se obliget explicite vel implicite, sed scienter et ex animo, a conditionibus contractus recedere.* Quum itaque contractu inito inter Caium et Julium de venditione et emptione equi, et Caius jurat se huic pacto staturum, juramentum omnino sequitur conditiones contractus, ita ut si contractus sit irritus aut rescindibilis, Caius, illæso juramento, eum non servare aut ejus rescissionem postulare possit. Si vero Caius sit minor et Julius juramentum exegisset ut propter hanc rationem contractus rescissionem ille non exigeret, utique teneretur contractus rescissionem ratione minoritatis non exigere. Si autem dolus intervenerit ex

parte alterius contrahentis, juramentum minime obstat ne minor rescissionem contractus propter hanc rationem exigat. Et idem dicendum est quum quis jurat se contractus rescissionem ob defectum solennitatum non petiturum; adhuc enim salvo juramento ejus rescissionem ob aliam justam causam postulare potest.

181. Ex hoc inferri potest quid censendum sit de juramento dato ex metu gravi in confirmationem contractus qui ob metum injustum rescindi possit. Duplex est sententia probabilis de hac quaestione, sed sententia communior et probabilior cum D. Thom (a), Sanchez (b), Suarez (c), Lessius (d), Lugo (e), S. Alph. (f) docet juramentum ex religione servari debere. Hæc sunt verba D. Thom.: "Juramenti, quod quis coactus facit, duplex est obligatio: una quidem qua obligatur homini cui aliquid promittit, et talis obligatio tollitur per coactionem; quia ille qui vim intulit, hoc meretur, quod ei promissio non servetur. Alia autem est obligatio, qua quis Deo obligatur, ut impleat, quod per nomen ejus promisit: et talis obligatio non tollitur in foro conscientiae, quia magis debet damnum temporale sustinere, quam juramentum violare. Potest tamen repetere in judicio quod solvit." Et revera hæc sententia, spectato solo jure naturali, est longe probabilior. In hoc enim casu juramentum non sequitur condiciones contractus; quia is qui juramentum profert Deum testem adducit se contractus ex metu gravi initii rescissionem propter hanc causam non exacturum; scienter itaque quamvis ex metu gravi juravit se huic contractui statutum. Itaque si juramentum ex religione non obligaret hoc fieret, vel quia contractus ex metu gravi initus juramento confirmari nequit; vel quia ipsum juramentum metu gravi extortum foret irritum. Sed neutrum dici potest; quia manifestum est quemquam confirmare posse contractum ex metu gravi initum per juramentum postea sponte datum, quia ei integrum est huic contractui stare; et in jure canonico passim declaratur juramentum ex metu datum adimpleri debere (g). Et sequitur hæc doctrina ex principio supra statuto, nempe unumquemque teneri suum juramentum servare propter reverentiam divini nominis, quoties hoc fieri possit sine peccato. Unde patet discrimen inter errorem vel dolum et metum; qui enim jurat ex errore vel dolo qui dat causam juramento, revera Deum testem se hanc

(a) 22. q. 89, a. 3. ad 3.

(b) De Mat. lib. 4, disp. 20. n. 4.

(c) Thom. 2. de Relig. lib. 2. c. 11.

(d) De Just. lib. 2. c. 17, n. 51.

(e) De Just. disp. 22. n. 195.

(f) De 2. præcep. Deal. n. 174.

(g) Cap. Debitores de jurejur. ubi declaratur eum qui ex metu juravit usuras solvere ad adimplendum obligari; et cap., si vero, eodem titulo, ubi declaratur eum qui ex metu gravissimo compulsus fuerat renuntiare beneficio, et hanc juramento confirmaverat teneri absolutionem juramenti petere.

rem servaturum non adducit: in casu vero metus scienter promittit se contractui ex gravi metu inito staturum. Suppono enim eum absolute jurare se contractum exsequuturum; si enim non intendit jurare se contractui staturum, nisi in quantum hoc ex justitia facere tenetur, aut sub alia simili conditione, sane juramentum sequitur conditiones contractus, et ideo si contractus sit rescindibilis non obstat ne is qui ex metu gravi contraxit et juravit, rescissionem contractus exigit.

182. Dixi juramentum ex metu gravi datum servandum esse spectato solo jure naturali, quia quidam contractus ob bonum publicum reprobantur, si ex metu gravi fiant, et irriti et nulli sunt tum contractus ex metu gravi initi, tum juramentum ex metu datum ad hos servandos. Tale est matrimonium, talia sunt sponsalia, et professio religiosa. Videtur etiam jusjurandum metu gravi extortum in nostro jure non valere, quia secundum præscriptum ob bonum publicum latum: quicumque se obligat juramento ad testimonium non dandum contra aliquem, felonix reus est, et damnari potest ad servitutem pœnalem in spatium non minus quam trium neque magis quam septem annorum. Equidem quum juramentum ex metu gravi datum esset, ad hanc pœnam non damnaretur, si intra quatuor dies postquam id facere posset totam rem magistratui patefaceret, sed ipsum juramentum omnino irritum et nullum propter bonum publicum haberetur. Insuper ex præscripto nostri juris quivis se reum criminis efficit, ex hoc solo quod auctorem alicujus felonix non prodit, et quoniam hæc præscripta in bonum publicum immediate ordinantur, videtur juramentum quo quis se obligat ad ea violanda, irritum et nullum esse. Non dico hanc legem qua is qui cognoscit alium reum esse felonix tenetur hunc denunciare obligare in conscientia, nisi ex iis sit quibus cura publicæ securitatis demandatur, sed juramentum quo quis se obligat ad legem non servandam, videtur esse contra bonos mores naturales (a).

183. Denique notandum est omne juramentum ratum quod non confirmet contractum posse relaxari vel ab episcopo vel a

(a) "The mere concealment of a felony is by our law criminal; and is described in the books, as *misprision of felony*. This is the concealment of a felony committed by another; but without such previous concert with, or subsequent assistance of, the person committing the felony, as will make the party concealing an accessory before or after the fact. The punishment of this in a public officer is imprisonment for a year and a day; in a common person imprisonment for a less, but discretionary time; and in both fine and ransom at the King's pleasure." Steph. vol. iv. pp. 313, 314. "It is enacted by 37 Geo. 3, c. 123, that whoever shall administer or cause to be administered, or shall be present at and consenting to the administering of,—or shall himself take, any oath or

quovis alio qui habet jurisdictionem quasi episcopalem vel a quocumque qui juramentum relaxare aut commutare potest. Et hoc verum est etiamsi juramentum jam sit violatum ex parte, quia tempus intra quod impleri debuerat jam elapsum est; quia quamquam is qui juravit perjurii reus est, alter nullum jus acquisivit. Sufficit etiam momentanea solutio, quum is qui juravit nullam juramenti relaxationem impetraverit, et statim potest rem repetere quam alter ex justitia tenetur reddere, immo et non accipere. Potest etiam judex vel ecclesiasticus vel sæcularis (nisi agatur de re spirituali) cogere creditorem obligationem juramenti remittere. Si autem is qui juravit rem promissam solverit, potest eam aut privatim aut in judicio repetere aut occulte sibi compensare (a).

Punctum Secundum.

An contractus ex se irritus aut rescindibilis fiat ratus aut irrescindibilis per juramentum quo confirmatur.

184. "In hac materia," ait Lugo (b), "quoad praxim conscientiae omnia fere sunt probabilia propter innumeras et diversas sententias, in quas gravissimi doctores tam theologi quam jurisperiti divisi sunt." Et quidem quoniam juramentum non obligat ex justitia sed tantum ex religione, difficile est dicere quomodo contractum ex se irritum aut rescindibilem possit ratum aut irrescindibilem ex virtute justitiae reddere. Hic autem non loquimur de juramentis assertoriis quibus non raro venditores falso et dolose laudant merces suas, ut ex jam dictis liquet, sed de juramentis promissoriis et ex religione obligatoriis, quibus quis se obligat ad contractum irritum aut rescindibilem servandum. Iterum observandum est quæstionem non spectare ad contractus jure naturæ aut irritos aut rescindibiles; quia etsi juramentum quandoque ut vidimus obligat ex religione in his circumstantiis, numquam tamen obligationem justitiæ inducit. Sic si is qui ex metu ad contrahendum inducitur, hunc contractum juramento

engagement intended to bind any person . . . not to give evidence against any confederate or other person; or not to discover any illegal act, or any illegal oath,—shall be guilty of felony; and he may be sentenced to penal servitude for not more than seven or less than three years. And further that compulsion shall be no excuse, unless the party within four days after he has an opportunity, shall disclose the whole of the case to a justice of the peace, or, if the party compelled be a soldier or seaman, to his commanding officer." Id. ibid. pp. 280. 281.

(a) Cf. Lugo, loc. cit. nn. 190. et 241. Sanchez loc. cit. n. 16. Salmant. loc. cit. n. 65. et S. Alph. loc. cit.

(b) Lugo, loc. cit. n. 188.

confirmaverit, etsi juramentum ex religione servare teneatur, nunquam tamen contractum ratum et irrevocabilem reddit; quia is qui metum intulit ipso jure naturali ex justitia tenetur metum auferre, et plenam libertatem alteri contrahenti restituere. Si amoto quidem metu libere jurat is qui hoc modo contrahere inductus est, se contractum servaturum, ad hoc ex justitia obligari potest, sed non vi prioris, sed novi contractus virtualis quem conficit quando juramentum profert. Dico jurantem obligari *posse* ex justitia, quia hoc pendet ex intentione jurantis, qui se potest aut ex sola religione aut etiam ex justitia obligare. Itaque quaestio est de contractibus jure humano irritis aut revocabilibus. Plures sunt doctorum sententiæ de hac materia, sed revera omnino fere nituntur variis interpretationibus præscriptorum legis civilis (a). Secundum probabiliorē sententiā juramentum confirmaret contractum qui ex jure civili aut canonico irritus esset duplici modo nempe *negative et positive*. Contractus v. g. minoris circa res immobiles sine errore dolo aut alia injustitia initus jure naturali ratus est et validus; jure tamen civili, sicut et jure nostro, est irritus. Juramento tamen addito contractus in jure civili ratus effectus est, et igitur duo effectus ex juramento profluebant: eo enim prolato impedimentum legis ablatum est, et consensus partium vim suam naturalem recuperans contractum ratum validumque effecit. Actus quidem juris erat positivus circa impedimentum quod abstulit, sed nonnisi negativus circa contractum qui vim suam non a lege humana sed a lege naturali accepit. Secundus tamen effectus juramenti erat firmitas civilis ex qua actio intendi potuit ad ejus executionem exigendam, et hic actus quatenus respiciebat ipsum contractum erat positivus.

185. Ad nostrum propositum non attinet tractare de jure Ecclesiastico, neque de materia quæ ad ejus forum pertinet, circa quam contractus sine dubio conformari debent ad præscripta juris Ecclesiastici; et quando vis tribuitur juramento contractus modo exposito confirmandi, certo rati et irrevocabiles redduntur. Quando contractui jure positivo non irritato sed revocabili additum est juramentum, lex civilis confirmabat contractum negando actionem ad illius rescissionem exigendam. Sed lex civilis non semper tribuit juramento vim contractum irritum aut revocabilem efficiendi ratum et irrevocabilem; “aliqui enim juristæ

(a) Cf. Molina, tom. 1. disp. 150. 151. et tom. 2. disp. 271. Sanchez, in Decalogum, lib. 3. c. 12. n. 3. et seq. et de Mat. lib. 1. disp. 32. Lessius, de Just. lib. 2. cap. 17. dub. 7. Suarez, de Juram. c. 25 et 289. Lugo de Just. disp. 22. sec. 8. &c.

quos refert Sanchez (a) dicunt jure antiquo caruisse juramentum hac vi confirmandi contractus, quam jure noviori habet, quia nimirum jus antiquius noluit, etiam adjecto juramento, restituere contractui valorem vel firmitatem quam illi abstulerat, quam tamen virtutem et firmitatem jura noviora contractui tali casu restituerunt" (b). Itaque ut loquamur de foro civili et de materia quæ ad illum pertinet, manifestum est vim juramenti ad contractus qui irriti aut rescindibiles sunt, ratos et irrescindibiles reddendos ex potestate civili derivari. Jamvero in jure nostro juramentum nullam ejusmodi vim habet; ideoque contractus etiam jure positivo irritus aut rescindibiles, non reddit ratos et irrescindibiles, sed solum vim suam obligandi ex virtute religionis possidet. Itaque donatio quæ irrita est re non tradita, nisi facto confirmata sit, juramento addito, rata non efficitur; neque contractus minoris aut uxoris qui ex se rescindibilis est, per juramentum irrescindibilis efficitur. Non est hic quæstio utrum hæc præscripta juris obligent in conscientia necne (de qua infra agemus). Si enim non obligent, contractus est ratus et irrescindibilis in foro interno sine ullo juramento; si vero obligent, juramentum vim non habet obligationem ex justitia circa illum inducendi. Fieri quidem potest ut Caius qui contractum irritum aut rescindibilem cum Julio initum juramento confirmat, *velit*, ut supra dixi, significare se animum habere seipsum non tantum ex religione sed etiam ex justitia obligandi quemadmodum supra nn. 177. et 182. exposuimus; et si promissio Caii per juramentum confirmata a Julio acceptetur, ille duplicem contrahit obligationem, unam religionis ob reverentiam Deo debitam, et alteram justitiæ erga Julium. Sed hæc efficacia contractum confirmandi non ipsi juramento sed promissioni Caii, qua se ex justitia vult obligare, tribuenda est. Si enim Caius minor, nullo juramento dato, se obligat Julio ex justitia ut contractus recessionem ne exigat, utique hanc promissionem ex justitia servare tenetur; si vero eandem obligationem juramento confirmat, non solum ex justitia sed etiam ex religione contractui stare tenetur. Similiter quanquam promissio gratuita in foro civili est omnino irrita, quia tamen talis promissio non reprobatur ut illicita, promissor se obligare potest in foro conscientiæ ut huic stet aut ex sola fidelitate, aut ex fidelitate et justitia, aut ex fidelitate justitia et religione.

186. "Mihi certum est," ait Suarez (c), "quando juramentum promissorium non conjungitur cum promissione humana, non inducere obligationem ad alterum, nisi ad Deum, etiamsi effectus

(a) In Decal. lib. 3. cap. 12. n. 3.

(b) Lugo, loc. cit. n. 199.

(c) De juram. lib. 2. c. 4. n. 2. et 3.

ejus humanam concernet utilitatem . . . quia obligatio ad hominem vel est justitiæ, aut fidelitatis (aliæ enim obligationes charitatis, gratitudinis, &c., ad præsentem materiam aptari non possunt) sed neutrum illarum tunc inducitur, quia nec intercedit ibi pactum, quo solet induci obligatio justitiæ, nec promissio qua possit induci obligatio fidelitatis; ergo sola superest ibi obligatio religionis, quæ non est ad hominem sed ad Deum. . . . Sed in hoc casu utilitas quæ alteri homini provenire debet, non ei sed Deo promittitur et juratur. Ex juramento promissorio propriissime dicto, id est, quod fit per humanam ac veram promissionem juratam, nascitur obligatio non tantum Deo, sed etiam homini, cui juramentum exhibetur, per se loquendo, id est nisi aliunde impediatur obligatio. Quia illa promissio directe fit homini, non Deo, ut supponitur, ergo directe producit obligationem respectu hominis. Item promissio illa, secluso juramento, induceret obligationem respectu hominis, vel justitiæ vel fidelitatis, juramentum autem non tollit hanc obligationem, imo potius illam vestit et confirmat; ergo a fortiori jurata promissio parit obligationem ei cui fit promissio." Quoniam obligatio juramenti pendet ex intentione jurantis, quando de intentione jurantis constat, nulla oriri potest difficultas circa juramenti interpretationem. Sed quum homines sæpe nullam habent intentionem specialem quum juramentum proferunt, ejus interpretatio non tantum ex verbis sed ex subjecta materia et ex aliis circumstantiis sæpe colligenda est. Circa hanc materiam duæ præsertim regulæ ab auctoribus proferuntur. 1^a est ut juramentum sequatur naturam contractus cui adjungitur; et 2^a ut stricte illud interpretari oporteat. Primam regulam supra exposuimus, quia præcipue attinet ad obligationem juramenti ex religione. Quum enim Caius jurat se contractui staturum, tantummodo intendit obligationem religionis obligationi justitiæ addere, et ideo si contractus irritus sit aut rescindibilis, juramentum seu obligatio ex religione naturam obligationis ex justitia sequitur ut supra exposuimus. Insuper exposuimus quum contractus illicitus est ex jure naturali aut divino, aut quum ipsa ejus materia illicita redditur jure humano quia bono communi nociva est, juramentum adjectum irritum esse; quia quamvis potestas civilis juramentum directe irritare nequit, hoc indirecte facere potest reddendo illicitam materiam circa quam versatur. Insuper vidimus juramentum adjectum contractui qui non ex justitia sed ex fidelitate obligat, obligationem non ex justitia sed ex religione tantum addere. Secunda regula obligationem ex justitia magis proprie respicit. Etenim juramentum per se obligationem ex religione tantum inducit, et ideo si quis dubitat utrum per juramentum voluerit se

obligare ex religione tantum an etiam ex justitia, dicendum est hanc ultimam obligationem non induci. Sed benigna interpretatio sequenda est etiam circa alia dubia, quia regula fundatur in principio, “quod *odia* seu *onera* restringenda sunt. Nam obligatio juramenti valde onerosa est, et ideo quo levior fieri poterit per benignam interpretationem, quando illa locum habet, lenienda est” (a).

(a) Suarez, loc. cit. cap. 33. n. 7.

DISPUTATIO SEXTA.

AN VALEANT IN CONSCIENTIA CONTRACTUS QUI AUT IRRITI AUT RESCINDIBILES SUNT IN FORO CIVILI EX DEFECTU SOLENNITATUM QUÆ UT RATI ET FIRMI SINT EXIGUNTUR? QUALIS DEFECTUS SOLENNITATUM REDDAT CONTRACTUM IRRITUM ANTE SENTENTIAM? AN OBLIGET IN CONSCIENTIA POENA CONTRACTUI ADDITA ANTE SENTENTIAM? ET QUO MODO CESSET OBLIGATIO EX CONTRACTU?

§ 1. *An valeant in conscientia contractus qui aut irriti aut rescindibiles sunt in foro civili ex defectu formalitatum quæ ut rati et firmi sint exiguntur?*

187. Quatuor circa hanc materiam dantur opiniones theologorum. Prima sententia satis communis docet contractum vel testamentum, quando adest consensus et tantummodo deest solennitas a jure positivo requisita, in foro conscientiae valere. Secunda negat hujusmodi contractum vel testamentum valere in conscientia. Tertia sententia media docet non esse omnino irritum contractum vel testamentum sine solennitatibus a jure municip. præscriptis confectum, et possessorem posse rem retinere donec per sententiam judicis eam petitori tradere teneatur; quo facto eam omnino dare tenetur ei qui in judicio vicerit. Quarta sententia concinit cum secunda de aliis contractibus, sed de testamentis docet sufficere ut constet in conscientia de voluntate testatoris, "*quia hæc sola videtur fuisse legislatoris intentio.*" Sed quia leges quibus hujus sententiæ auctores nituntur eam adstruere nullam vim apud nos habent, et insuper quia præscripta nostri juris circa testamenta sunt simplicissima, et ipsa lex hoc sub respectu nullam distinctionem inter testamenta et alios contractus admittit, nobis videtur hanc distinctionem apud nos admitti non posse, ideoque aliquam ex aliis tribus sententiis amplectendam esse.

188. Primo statuendum esse censemus posse potestatem civilem conditiones exigere quibus non servatis contractus aut testa-

mentum irritum erit aut rescindibile. “Probatur,” ait Lugo (a), “quia *negari non potest* potuisse legislatorem id facere, si ad bonum commune expediebat propter periculum fraudum, et ad vitandas lites, ut cum majori cautela ii contractus fierent, prout de facto Ecclesia irritavit contractum matrimonii, quando sine præsentia parochi et testium fit, quæ est solennitas de jure positivo requisita; quia ita expediebat ad bonum commune, ut sine illa solennitate, consensus ipse irritus esset, et nullam prorsus pareret obligationem naturalem etiam in foro conscientiæ, de quo nemo dubitat. Quod ergo in hoc contractu certissime factum est, potuit etiam fieri in quibusdam aliis contractibus ob commune bonum, sic enim alienatio (possessionum immobilium) a pupillo facta sine tutoris auctoritate invalida est in foro conscientiæ, quia ita expediebat propter illius ætatis imbecillitatem, ita ut neque etiam juramento confirmari possit ejusmodi alienatio. . . . Quoties ergo ejusmodi verba (contractum esse irritum et nullum) inveniuntur, si *aliunde non constet mentem legis esse de sola irratione* in foro externo, non est ad illam solam limitanda, sed de perfecta et vera irritatione et nullitate intelligi debet, cum respublica habeat sibi subditas, et personas et bona subditorum, ut possit propter commune bonum eorum dominium impedire et transferre, prout expediens visum fuerit.” Respondet S. Alphonsus (b), ad exemplum allatum ex matrimonio clandestino singularem potestatem, cum contractus matrimonialis ad sacramenti dignitatem elevatus fuisset, Ecclesiæ concessam esse solvendi ab omni obligatione sponso, qui sine debitis conditionibus ab Eccl. præscriptis nuptias ineunt. Sed elevatio matrimonii ad dignitatem sacramenti solummodo probat illud ad forum Eccl. pertinere, at certe quoniam ipse contractus ratus est sacramentum, ratio sacramenti non minuit difficultatem exigendi quasdam solennitates, quibus non positus contractus esset irritus, et consequenter nullum esset sacramentum. Et sane dubitari non potest Ecclesiam posse ob bonum spirituale fidelium quasdam solennitates præscribere, quibus non positus contractus aut irritus aut rescindibilis efficitur. Sic sponsalia contracta ante ætatem pubertatis adeptam ne mutuo quidem consensu ante hanc ætatem completam dissolvi possunt; quam firmitatem neque a jure naturali neque a divino, sed a solo jure ecclesiastico accipiunt; et ætate pubertatis adepta una pars altera renitente ea dissolvere potest; et ut sic rescindi possint etiam jure ecclesiæ efficitur.

(a) De just. Disp. 22. sect. 10. n. 252. Ibi non loquitur de testamentis, sed de ceteris contractibus.

(b) Lib. 3. tract 5. n. 711.

189. Sed aliunde mihi planum videtur posse potestatem civilem contractus irritos in foro conscientiae efficere; ut enim addit S. Alph.(a) *procul dubio tenetur possessor stare sententiae judicis, si damnetur ad restituendum*. Jamvero quoniam in casu de quo agimus sententia judicis in solo defectu solennitatum quae a jure praescribuntur nititur, huic procul dubio non teneretur stare *possessor*, si vere dubium esset an judex potestate potiatur sententiam in conscientia obligatoriam proferendi. Esto talem sententiam in foro externo obligare; sed sane non obligaret justum possessorem utse re quam juste possidet in foro conscientiae spoliaret. “Deinde,” ait Lugo (b), “posita solum irritatione contractus in foro externo, parum utilis censeretur lex, cum solum deserviret ad fovendam iniquitatem ejus, qui conscius de valore, et obligatione contractus, adhuc intentaret spoliare justum possessorem, auferendo propter defectum solennitatis id quod ab ipso in foro conscientiae auferri non posset. Et quidem durum esset cogere judices ad favendum huic injustae petitioni, quando ipsis constat contractum coram Deo valuisse, et non posse sine peccato adversarium petere, quod petit.” Insuper si sententia secundum praescripta legis prolata, qua contractus declararetur irritus ob defectum solennitatum, non obligaret in conscientia, is contra quem prolata esset ad occultam compensationem recurrere posset. Sed si talis doctrina in republica aliqua praevaleret, nemo non videt quantam perturbationem et incertitudinem excitaret. Itaque omnino tenendum videtur rempublicam habere in rebus civilibus et circa bona fortunae potestatem in conscientia obligandi post sententiam. Sed si potest obligare in conscientia post sententiam, idem facere potest ante sententiam, si talis modus obligandi ei aut utilis aut necessarius ad bonum publicum promovendum videatur. Itaque quum potestas civilis contractum irritum aut rescindibilem ob defectum solennitatum reddere possit, tota quaestio circa intentionem legislatoris versatur; si enim contractum certo irritat ob defectum solennitatum pleno jure, irritus erit ante omnem judicis sententiam; si vero non irritat, sed solummodo eum rescindibilem reddit, ratus erit donec aut mutuo consensu aut ex sententia judicis rescindatur. Si vero contractus etsi ratus et validus, attamen rescindibilis sit ex parte utriusque contrahentis, quia uterque justam habet causam resiliendi, uno potente alter ad rescissionem consentire tenetur. Si vero contractus sit tantum ex una parte rescindibilis, ea potente, altera, modo exposito, ad rescissionem consentire obligatur. Et si dubium sit utrum lex contractum pleno jure irritum reddat necne, poterit contrahens

(a) Lib. 3. tract. 5. n. 711. loc. cit. (b) loc. cit.

rem retinere donec sententia contra eum prolata fuerit, quia melior est conditio possidentis. Idem dicendum est si dubium sit utrum jure municip. contractus sit rescindibilis necne. In his casibus suppono legem obligare in conscientia, aut ante aut saltem post sententiam; nam quanquam legislator obligare potest in conscientia ante sententiam quando hoc ob bonum publicum utile aut necessarium est, non tamen ita obligare tenetur quando ex jure naturali propter injustitiam contrahentis irritus non est contractus, sed jure humano ex defectu solennitatis irritus aut rescindibilis efficitur. De hoc casu statim agemus. Interim rejecta prima sententia, quatenus denegat potestati civili facultatem contractus irritos aut rescindibiles reddendi in foro conscientiae ex defectu solennitatum, nunc videndum est quid de tertia sentiendum sit.

190. Jam diximus possessorem quando lex est dubia rem retinere posse, donec controversa auctoritate judicis dirempta fuerit, sed hæc non est tertia sententia, saltem qualis exponitur a S. Alphonso aliisque ejus patronis, excepto Dominico Soto qui pro ea citatur, sed eam revera non tenet, ut statim videbimus. Præterea hæc sententia sic intellecta a secunda non discrepat; quia admittit legi certæ in hac materia in conscientia obtemperandum esse, et principium possessionis adhibendum non esse nisi quando lex dubia est, quod præsertim in materia justitiæ nemo negaret. Itaque opinio de qua tractamus docet legem civilem certam quæ legislator certo vult contractum ipso facto et ante omnem sententiam irritum efficere, ante sententiam non obligare, ideoque possessorem contra hanc legem rem retinere posse; sententia vero contra eum prolata, eam in conscientia restituere teneri. Sed si potestas civilis in hac materia in conscientia non obliget, non ex defectu voluntatis sed potestatis, nego sententiam judicis in conscientia obligare, quia totam vim suam ex lege derivat. Equidem si legislator potestatem habeat obligandi in conscientia, hanc vim legi tribuere potest aut ante aut post sententiam; sed si talem potestatem non habeat, neque ante neque post sententiam conscientiam ligare potest.

191. Deinde modus quo possessiones et bona illius qui intestatus mortuus est inter ejus necessarios distribuuntur, ex jure uniuscujusque reipublicæ determinatus est, et omnino diversus est apud diversas gentes. In nostra republica si heres sit masculus, is qui natu maximus est accipit totam hereditatem; si vero hereditas descendat ad feminas, et plures sint quæ in eodem gradu cum antecessore conjunctæ sunt, hereditas inter eas æqualiter partienda est. Bona vero personalia et catalla etiam immobilia (a) antecessoris modo omnino diverso distribuuntur.

(a) Cf. Tract. de Justitia, n. 253. et seq.

Si v. g. Caius mortuus est intestatus, relicta uxore et quinque liberis quorum natu maximus est mas et aliæ quatuor feminæ; uxor tertiam partem bonorum mobilium accipiet, et aliæ duæ partes inter quinque liberos æqualiter distribuentur. De justitia agentes diximus legem qua *tota hereditas* filio natu maximo datur, omnibus fratribus et sororibus exclusis, bono publico minus salutarem nobis videri; attamen non ideo posse fratres natu minores, et sorores ad compensationem occultam recurrere; quia si hoc liceret tota respublica perturbaretur. Modus tamen quo bona et catalla antecessoris inter uxorem ejus et liberos distribuuntur æquissimus est. Nonne hæc præscripta juris municip. obligant in conscientia ante sententiam? An hic licet invocare principium illud quod *melior est conditio possidentis*? De justitia agentes vidimus quum v. c. Caius mortuus est sine liberis, sed uxore gravida relicta, heredem præsumptum qui dicitur, possessionem hereditatis accipere, nato vero filio Caii, heredem præsumptum statim dominio et possessione hereditatis privari. Deinde Caius qui seisinam habet agrorum in feudo simplici moritur relinquens tres filias et uxorem gravidam; tres filiæ mortuo patre in hereditatem succedunt, nato vero filio hereditate legitime possessa privantur. Et idem dicendum de bonis et catallis antecessoris quorum possessionem legalem non habent uxor et liberi; hæc enim pertinet ad ejus administratorem; et sæpe nullam habent possessionem naturalem maximæ partis bonorum, quo non obstante omnes apud nos fatentur hæc præscripta ante sententiam obligare. Itaque hoc principium quod *melior est conditio possidentis* non valet, nisi quando aut ipsa lex aut intentio legislatoris est dubia, aut quando non vult ante sententiam obligare. Si autem hæc præscribere possit lex, non video quomodo negari possit legislatorem in debita materia quasdam exigere posse solennitates ob bonum publicum, quibus non servatis contractus erit in foro conscientiæ aut irritus aut rescindibilis. Sed hæc potestas intra debitos fines coarctanda est, neque potest respublica restringere facultatem naturalem quam habent cives de rebus suis disponendi, nisi quatenus aut necessarium aut expediens ob bonum publicum esse judicetur. Insuper quum aut ex verbis legis aut ex usu probatorum hominum videtur esse intentio legislatoris ut contractus sine solennitatibus legalibus confecti ne sint ipso facto irriti, sed tantum rescindibiles, possessor minime tenetur se spoliare donec sententia contra eum prolata fuerit.

192. Unde 1. quando certo constat legislatorem intendere ut contractus pleno jure irritus reddatur, pleno jure et ante omnem sententiam irritus est. 2. Quando aut ipsum præscriptum legis dubium est, aut quanquam certum est, quum aut ex verbis legis

aut ex usu probatorum hominum intentio legislatoris videtur esse ut contractus sine solennitatibus legalibus confecti ne sint irriti ipso facto, possessor rem retinere potest donec sententia contra eum prolata fuerit. 3. Sententia prolatâ tenetur non solum in foro externo sed etiam in foro conscientiæ rem tradere ei qui in iudicio vicerit. Hinc qui ex testamento irritum ex defectu formalitatum aliquid acceperit, saltem post sententiam qua irritum et nullum declaratur, rem acceptam administratori bonorum defuncti tradere tenetur. Utrum vero ante sententiam hoc facere teneatur, necne, infra ubi de testamentis tractabimus, dicetur. 4. Quandoque lex contractum irritum in foro conscientiæ efficere non vult, ne post sententiam quidem, ob defectum solennitatum, sed tantum recusat ne actio intendatur ad ejus executionem in foro civili exigendam; hic contractus suam vim naturalem obligandi in foro conscientiæ retinet. Talis est contractus quo Caius v. g. sine solennitate facti, et sine ullo pretio promittit se mille libras Paulo donaturum. Quanquam enim actio ad executionem illius promissionis exigendam non conceditur, nihilominus lex minime intendit eximere Caium ab obligatione promissionem suam implendi, et ideo eam ex fidelitate aut ex justitia, secundum naturam obligationis quam ipse sponte susceperit, exsequi tenetur.

193. Sed non raro lex tantum intendit actionem recusare quum contractum irritum aut rescindibilem reddit, non propter defectum solennitatum, sed etiam ob utilitates publicas aut ad quosdam cives protegendos, quando id ad quod se obligant contrahentes non est illicitum aut peccaminosum. Quando enim contractus, etsi ipse sit vetitus, impleri tamen potest sine peccato aut violatione legis naturalis, obligatio ad ipsum implendum non aufertur; et quanquam actio intendi nequit ad ejus executionem extorquendam, attamen eum exsequi tenetur contrahens quum æquitas naturalis nulla habita ratione juris municip. id exigat. Sic contractus de sponsonibus et de ludis aleatoriis jure municip. sunt *irriti*, non vero *illegales* (a); et ideo is qui pecuniam sponsonem faciendo aut aleæ indulgendo perdiderit eamolvere tenetur, quando hæc obligatio spectata sola lege naturali incurritur. Ideo si Caius pecuniam quam hoc modo perdiderit solverit Julio victori, non potest actionem ad eam repetendam intendere; et si petente Caio Sylvius summam debitam Julio solverit, Sylvius actionem Caio intendere poterit, qua is actorem indemnem præstare cogetur. Similiter lex municip. contractus

(a) "But inasmuch as gaming contracts are not rendered *illegal* by the stat. 8 & 9 Vic., c. 109, but only *void*, it is held that an action will lie to recover money knowingly paid by the plaintiff at the defendant's request, to a person to whom the latter has lost the amount by gaming." Chitty, p. 645.

minorum, uxorum, &c., non *illegales* sed rescindibiles efficit; et ideo hi servare contractus quos cum illis alii bona fide confecerunt tenentur, quatenus justitia naturalis hoc exigit; quanquam lex non solum non coget eos contractus suos exsequi, sed etiam si executioni mandati sint eos rescindet, iis exceptis quos de justitia agentes disp. 24. §§ 3. et 6. exposuimus.

§ 2. *Quibusnam indiciis cognosci possit utrum lex contractum irritet ipso facto, an eum tantum rescindibilem reddat per judicis sententiam, an solum auferat obligationem civilem actionem denegando, relicta obligatione naturali contractum exsequendi?*

194. Ex dictis fere constat quid de hac materia secundum præscripta juris nostri dicendum sit. In jure nostro contractus pluribus modis minus rati et firmi sunt: 1. enim quidam contractus sunt prorsus irriti et nulli in foro civili ante omnem sententiam, et hi etiam in duas species dividuntur. Quidam enim sunt irriti et illiciti; et quidem omnes contractus de re illicita præstanda, aut quorum pretium est aliquid aut illegale aut contra bonos mores, ex jure nostro ipso facto irriti sunt et nulli; sed de hac materia infra, ubi de contractibus simplicibus, disputabimus. Alii contractus sunt irriti sed non illegales, quorum exempla n. 193. protulimus, ubi etiam diximus hos contractus obligare in conscientia, quanquam in foro civili, non tamen immediate ob bonum publicum, irriti sunt. Hi enim contractus non prohibentur ut bono communi nocivi, sed ut ei minus convenientes, et maxime quia commodis familiarum et privatorum adversantur. Contractus vero qui irriti et nulli sunt quia bonis moribus adversantur, aut quia bono communi nocivi sunt, antequam actus illicitus aut illegalis perficitur, prorsus irriti sunt; sed actu illo posito, quatenus alter contrahens suam partem exsequi teneatur, quando hoc in se licitum est, infra dicetur.

2. Plures sunt contractus qui ex jure nostro irriti sunt nisi per factum [*by deed*] confecti sunt. Quando hæc solennitas necessaria sit, supra, n. 50. et seq. exposuimus. Item donatio irrita est nisi res tradita est, aut nisi contractus per factum confectus est. Testamentum irritum est nisi ei nomina testatoris et duorum testium subscribantur.

3. Plures sunt contractus simplices qui directe non irritantur, sed nulla actio apud tribunalia ad eorum executionem exigendam conceditur. Tales sunt plures contractus bilaterales ad quorum executionem exigendam actio non conceditur, nisi scriptis man-

dati sint et ab eo ipso cui actio intenditur subscripti. Ad hoc genus fortasse revocari potest promissio gratuita quæ sine solennitate facti suscipitur; quia lex nostra nullo modo vult naturalem effectum talis promissionis irritare, sed tantum eam irritam reddere in foro civili recusando actionem ad ejus executionem exigendam. Sed de contractibus gratuitis et nominatim de promissionibus gratuitis, et donationibus, et testamentis infra tractabimus.

4. Quidam contractus, quanquam rati sunt non solum in conscientia sed etiam in foro civili, attamen rescindi possunt ab uno ex contrahentibus altero nolente. Tales sunt plures ex contractibus qui a minoribus (a) vel ab uxoribus (b) confecti sunt. Hi contractus rati et validi sunt ex parte eorum qui cum minoribus et uxoribus contraxerunt, sed minor postquam annum 21^{um} compleverit, et uxor vidua facta, eos irritare aut confirmare possunt. Si contractui stare velint, utique partem suam exsequi cogi possunt; si vero eum rescindere statuunt, ipsi hoc facere possunt sine recurso ad tribunalia. Si enim contractus ex neutra parte executioni mandatus sit, altera pars actionem ad ejus executionem exigendam minori aut uxori intendere nequit. Si executioni mandatus sit ex parte alterius contrahentis, et minor rem acceptam restituat, actio ei intendi nequit ad executionem ex ejus parte extorquendam. Denique si aut minor solus aut utraque pars contractum executioni mandaverit, et minor rescissionem contractus adeptæ ætate legali exegerit, si altera pars eum rescindere recusaverit, utique minor ad actionem recurrere cogetur, sed judex non solum irritabit contractum sed insuper coget alterum contrahentem omnes litis impensas solvere, ideoque alter contrahens raro coget minorem ad actionem recurrere.

5. Denique contractus quandoque neque irritus est neque rescindibilis ad arbitrium unius contrahentis, altero renitente, sed eum qui contractum rescindere velit ad tribunalia recurrere necesse erit. Sic Caius contractum ipsius nomine a Julio confectum exsequi recusat, aut quia a Julio sine ejus auctoritate initum esse affirmat, aut quia allegat in contractu conficiendo formulam legalem servatam non esse. Si alter contrahens Sylvius actionem Caio intendat ad contractus executionem exigendam, causa cognita aut judex solus, si de dubio juris tantum agatur, aut cum juratis si disputetur de factis, contractum aut confirmabit aut irritum declarabit. Ipsum quidem tribunal potestatem non habet contractum aut confirmandi aut rescindendi, sed pronuntiandi secundum leges eum aut irritum aut ratum esse (c).

(a) Cf. de justitia n. 426.

(b) Cf. ibid n. 490. et supra n. 66 et seq.

(c) De Justitia n. 16 in præm.

Itaque quando non dubitatur utrum præscripta legis in contractu conficiendo servata sint necne, nulla opus est judicis sententia *ad eum ratum aut irritum* in foro civili efficiendum. Dico ad eum ratum aut irritum efficiendum; quia etiamsi nulla sit controversia de validitate contractus, si una pars eum exsequi recuset, ad hoc cogi nequit nisi actio ei in hunc effectum intendatur. Et si contractus manifesto irritus, ex errore executioni mandatus fuerit, et cognita invaliditate, una pars rem acceptam restituere recuset, altera eam, nisi actionem in hunc effectum intendendo, recuperare nequit. Ex his principiis facile cognosci potest quatenus ex aliqua causa, et præsertim ex defectu solennitatum præscriptarum, contractus sit irritus aut rescindibilis in foro civili, et quatenus rescindi possit ab una parte contrahente, alia renitente, et quando ad hoc efficiendum ad tribunalia recurrere necesse sit. Restat itaque de obligatione conscientiae tractare.

195. De contractibus in foro civili irritis quos in primo loco supra numeravimus, quædam quæ ad forum conscientiae pertinent exposuimus, cetera ad tractationem de contractibus in specie distulimus. Ceteri contractus qui ex præscripto juris municipalis sunt aut irriti aut rescindibiles in unilaterales et bilaterales dividuntur, et jam diximus nos de præcipuis contractibus unilateraliibus et de eorum obligatione in foro conscientiae postea nominatim esse disputaturos. Itaque hic tantum de bilateralibus agendum est. Ex contractibus bilateralibus quidam ex defectu formularum præscriptarum irriti declarantur, alii non item, sed actio tantum ad eorum executionem exigendam denegatur. Manifestum est obligationem naturalem exsequendi contractus secundi generis lege municipali non auferri, et ideo utramque partem contrahentem ei stare in conscientia teneri. Obligatio vero naturalis existet *si utraque pars contrahens se per tale pactum obstringere voluerit*. Vel enim scierunt executionem hujus contractus actione vindicari non posse, vel hoc ignorarunt. In priore casu si ambæ partes se voluerunt obligare, manifesto tenentur contractui stare; si vero una pars altera in scia animum habuerit occasionem capiendi ad contractum evitandum ex præscripto legis alteram decepit, et damna quæ ex ipsius dolo provenerunt compensare tenetur. Si vero contrahentes præscripta juris ignoraverint, et revera contractum obligatorium conficere voluerint, huic in conscientia stare tenentur. Agnosco tamen eos qui sciunt se non servare præscripta legis, sæpe animum non habere contractum obligatorium hic et nunc ineundi, sed tantum de contractu conficiendo tractandi, in quo casu seclusa fraude contractum exsequi non tenentur. Sed quodcumque fraus aut injustitia intercedit, reus damna quæ inde sequuntur reparare in

foro conscientiae tenetur, neque vult lex nostra unquam fraudi patrocinari. Insuper quodcumque unus ex contrahentibus suam partem executus est, et alter cognita contractus invaliditate, hanc acceperit, semper in foro conscientiae, et saepe etiam in foro civili, ut infra dicetur, non obstante defectu solennitatum suam partem exsequi tenebitur.

196. Si vero contractus sit omnino irritus ex mero defectu solennitatum, dummodo ne sit contra leges aut bonos mores, lex nostra nunquam velle videtur obligationem naturalem contractus bilateralis (de quo solo hic agimus) auferre, dummodo partes capacitate legali contrahendi potiuntur. Et quanquam diximus posse civilem potestatem irritare contractum quando ejus *executio* nociva esset bono publico, aut quando necesse esset aut expediret ut ipse contractus irritus esset in foro conscientiae; attamen quoniam non habet dominium proprietatis in bona civium suorum, ejus potestas in hac re ultra debitos fines non est extendenda. Sic Caius alicujus artis inventor cui per literas patentes jus exclusivum hac arte utendi vindicatur, facultatem ea utendi pretio constituto (a) verbis aut literis sigillo non munitis, quibus tamen se vult ex justitia obligare, Julio concedit. Haec concessio in jure nostro prorsus irrita est ex defectu solennitatis praescriptae (b), et ideo Julius executionem contractus actione vindicare non potest. Sed denegatio actionis omnino sufficit ad finem civilis potestatis attingendum sine rescissione obligationis in foro conscientiae; et ideo nisi lex clare aufert obligationem non tantum civilem sed etiam conscientiae, omnino tenendum est ejus praescripta obligationem solam civilem attingere. Lex autem nostra nullatenus clare obligationem conscientiae attingit, ne tum quidem, quum ut in casu allato, contractum irritum ex defectu solennitatum declarat. Itaque hujusmodi contractus vim suam naturalem obligandi retinent, et ideo eos in conscientia contrahentes exsequi tenentur. Sed quandoque partes aut se obligare non intendunt nisi quatenus contractus ratus et validus erit in foro civili; aut conventiones sine formulis legalibus initas habent solum ut significationes quasdam voluntatis de contractu postea ineundo qui ad praescriptam formam fiet; in quibus casibus contractus sine solennitatibus confecti non obligant in conscientia. Hoc seclusa fraude evidens est in primo casu; et certum est etiam in secundo, quia quando partes deveniunt ad ipsum contractum legaliter conficiendum, non raro bona fide de conditioni-

(a) Si autem pretium solutum esset hoc etiam in foro civili, actione intenta, Caius restituere cogeretur.

(b) Cf. Tract. de just. n. 651.

bus apponendis ita disputant, ut contractus nunquam perficiatur. Manifestum autem est neutri parti in conscientia licere occasionem ex lege arripere ad damnum aut injustitiam alteri parti inferendam; quia hoc a lege neque sancitur neque sanciri potest. Neque injustum est præscriptum legis quo contractus cui desunt solennitates consuetæ irritus habetur in foro civili, sicut injustum non est præscriptum quo actio ad debita juxta exigenda post certum temporis spatium denegatur, quanquam debitor a suo debito solvendo minime in conscientia liberatur.

Quod attinet ad contractus qui confecti sunt ab aliquibus, quales sunt minores aut uxores, qui dolo et fraude plerumque facile decipi possunt, aut alterius potestati et voluntati subjiuntur, quanquam plures ex eorum contractibus non solum lege, sed etiam juxta rescindi possunt, attamen iis minime integrum est opportunitate legis uti ad alios defraudandos, aut injuriis afficiendos. Quando itaque contractus ineunt de comparandis gemmis, lapidibus pretiosis, aliisve rebus quæ ipsorum conditioni minime conveniunt, sine scrupulo hos contractus rescindere possunt, et etiam post contractus executionem, re reddita, pretium repetere. Sed contractus quos conficiunt de rebus sibi utilibus, aut in negotiis gerendis, sine dubio exsequi in conscientia tenentur; neque lex intendit eorum dolo aut fraudi patrocinari.

In quasi contractibus qui exsurgunt, v. g. inter vectores mercium et eos quorum merces transvehunt; inter procuratores et eos quorum negotia gerunt, obligatio damna reparandi quæ ex culpa juridica a jure imponitur, plerumque non obligat ante sententiam ut infra de restitutione exponetur.

P. 6 P. 275

§ 3. *Quis exsequi debeat contractum; quo modo; quando; quæ causa ab obligatione eum exsequendi liberet; et quem effectum habeat pœna contracti adjecta?*

Punctum Primum.

Quis exsequi debeat contractum; et quo modo?

197. Hi utique contractum exsequi debent, qui ex eo se ad aliquid dandum, agendum, patiendum, &c., obligarunt. Sola difficultas est quatenus is qui aliquo actu peracto contractum exsequendi onere liberatur, hunc actum perficere revera teneatur, ut obligatione contractus liberetur. Sic Caius, quia omnia sua debita solvere non potest, compositionem facit cum creditoribus, et pro summa de qua cum eis convenit conficit chirographa, quæ Julius cautione interposita spondet soluturum iri. Hoc vero non sufficit ad creditores jure exigendi totam summam iis debitam

privandos, nisi Caius revera offerat hæc chirographa creditoribus, aut nisi ipsi creditores ex modo agendi significaverint se nolle hæc chirographa sibi offerri. Item si Caius debeat centum libras Julio quas jam solvere tenetur, non sufficit ad eum obligatione sua liberandum si tantum asserat se *paratum* esse pecuniam solvere. Si autem pecuniam offerat Julio qui eam simpliciter accipere recusat, obligatione pecuniam solvendi donec iterum exigitur, liberatur. Neque Caius, qui chirographum ex quo certam summam tempore designato solvere tenetur, dederit Julio, obligatione hanc summam solvendi liberatur, quod tempore statuto solutio requisita non est; quia ex chirographo hanc summam solvere tenetur tempore debito sine ullo actu aut indicio ex parte Julii. Plura hujus rei exempla proferentur infra, ubi de chirographis et syngraphis speciatim agemus.

198. Quod attinet ad modum exsequendi contractum, hoc fieri debet ita ut contractus suum effectum et secundum intentionem partium, et secundum præscripta legum obtineat. Itaque Caius æque reus erit contractus violati si aliquid voluntarie fecerit propter quod contractum aut exsequi nequeat, aut altera pars commodum debitum ex contractu percipere non possit, ac si expresse eum exsequi recuset. Itaque si contractu se obligasset Caius ut scriptum quoddam instrumentum tradat Julio, id tradere tenetur in statu quo erat tempore contractum ineundi. Insuper quando Caius contractum iniit ut certam mercium quantitatem traderet Julio, et postea probavit se etiam majorem quantitatem tradere tempore statuto paratum esse, attamen quia merces re vera non obtulerat, a contractus executione liberatus non est, etsi Julius declaravit se nullam partem mercium accepturum. Sed si Caius bona fide propter declarationem Julii merces non tradidit, utique hic non potuit postea juste actionem Caio intendere propter contractus violationem, dummodo tamen declaratio ei facta est aut ab ipso Julio aut ab ejus procuratore. In alio casu quum convenisset ut Caius Julio traderet quasdam syngraphas externas [*foreign bills of exchange*] (a), quarum terna confecta sunt exempla, et Caius unum uniuscujusque syngraphæ exemplum Julio tradidisset; declaratum est contractum impletum non esse. Insuper quando Caius se obligaverat ut Julio centum libras per syngraphas solveret, et syngraphas tradiderat, pecuniam autem ex syngraphis debitam tempore statuto non solverat, contractum impletum non esse declaratum est. Et quum Julius domum Caio locasset, pacto inito ut hic domui per assecurationem

(a) Cf. infra ubi de syngraphis speciatim agetur.

nomine Julii factam caveret, sed re vera contractum assecurationis nomine tum proprio tum Julii confecisset, judicatum est pactum de domus assecuratione impletum non esse. Et quum pactum est ut contractus assecurationis conficeretur nomine tum Caii qui locavit domum tum Julii qui conduxit, non sufficeret si Julius eum solo suo nomine conficiendum curaret; sed in hoc casu sufficeret si nomine solius Caii locatoris conficeretur,

199. Quando vero contractus hoc vel illo modo impleri potest; v. g. Caius tenetur certum actum in gratiam Julii aut die primo Januarii, aut die primo Februarii perficere; aut ei tradere certum equum, aut viginti libras; penes Caium est potestas eligendi quo modo contractum executurus sit. Sed si unus modus fiat impossibilis, v. g. quia dies primus Januarii jam præteriit, aut quia equus mortuus est, tenetur Caius alio modo qui adhuc possibilis est contractum exsequi. Quum electio inter diversos modos contractum exsequendi conceditur, is facultate eligendi potitur qui primum actum perficere debet. Sic Caius se obligat ut mille libras in fundis publicis (*a*), pretio sortis constituto, nomine Julii colloquet; aut ut eandem summam tesseris mensæ publicæ solvat, ea conditione ut Julius sex ante mensibus significet utro modo pecuniam tradi velit. In hoc casu penes Julium est eligendi potestas, quia primus actus circa executionem contractus ab eo perficiendus est. Electione vero facta Julium ei stare necesse est. Sic quum convenisset inter Caium et Julium ut ille redditum solveret, vel tertio quoque mense, vel ad dimidium hujus spatii, si ita eum exigeret Julius; et quum is per unum annum redditum tertio quoque mense accepisset, iudices propendebant in sententiam Julium electionem fecisse, neque amplius redditum ad dimidium spatii trimestris exigere potuisse.

200. Quum vero obligatio ad aliquid agendum, &c., pendet ex eo quod aliquid evenerit vel factum fuerit, si eventus ille aut factum æque cognosci possit ab utroque contrahente, necesse non est ut is qui commodum percepturus est, significet ei qui obligatus est factum evenisse. Sic si Caius, pretio accepto, se obliget ut Sylvium indemnem præstet si aliquod damnum a Julio acceperit, aut ut certam summam solvat quando Julius 21^{um} annum compleverit, aut mortuus fuerit, aut ex hypothesi quod ipse Sylvius aut alius aliquem actum determinatum perfecit, necesse non est ut Sylvius significet Caio rem ex qua obligatio oritur evenisse. Si vero expresse convenerit indicium dandum esse, vel si contractus exsequendus sit *indicio dato*, aut infra mensem

(*a*) Cf. Tract. de just. n. 509.

post indicium datum, obligatio utique non orietur nisi post indicium datum. Item si actus ex quo obligatio contractum exsequendi pendet sit indefinitus, puta si Caius contractum de mercibus emendis cum Julio conficiat, quo se obligat ut idem pretium solvat quod Sylvius pro similibus mercibus solverit, aut ut damna solvat quæ ex vi injuste illata Julius passus sit, tenetur Julius indicare Caio quod pretium a Sylvio acceperit, et quantum damnum ex vi passus sit. Insuper quando Caio data est facultas determinandi quo modo contractus impleri debeat, plerumque docent jurisperiti eum teneri Julio, alteri contrahenti, indicare se velle ut contractus certo modo determinato executioni mandetur. Fieri etiam aliquando potest ut indicium rationabile implicite et ex natura negotii necessarium sit. Sic Caius actor scenicus suscepit ut personam quam jam cum laude sustinuerat in scena ageret vice alii actoris qui morbo laborabat. In contractu nihil de indicio dando dictum est, attamen declaratum est indicium rationabile Caio dari debuisse antequam ab eo posceretur ut personam istam susciperet. Sed nisi in contractu expresse convenerit ut indicium detur aut ut Petrus contractum exsequi ne teneatur priusquam ab eo id Julius postulaverit, aut nisi alterutrum ex his requiratur ex natura ipsius negotii, neutrum necessarium est ad causam actionis perficiendam. Itaque si Caius se obligaverit ut certam pecuniæ summam solvat aut simpliciter aut certo die, hoc sine ullo indicio absolute facere tenebitur. Igitur quum convenerit inter Caium et Julium ut equos certo loco et tempore permutent, si Caius nullo indicio dato neque postulatione facta equum modo statuto non tradat, actio ei propter violationem contractus a Julio intendi poterit. Item quando Caius pactus erat ut merces quasdam Julio traderet, et hic merces postulavit *pretio non oblato* [*tendered*], quod tamen probavit seolvere paratum esse, declaratum est mercibus non traditis actionem Caio propter violationem contractus intendi posse. Insuper quum Caius se inhabilem reddiderit ad contractum exsequendum, v. g. ad ducendam Bertham quacum contraxerat sponsalia, quia Mariam sibi matrimonio conjunxit, manifestum est necessarium non esse contractus executionem postulare, antequam actio ei propter contractus violationem intendi possit. Sed actio procuratori propter rationes non redditas intendi nequit priusquam hæc ab eo postulata fuerint. Possessor syngraphæ aut chirographi [*a bill or note*] tenetur *ex lege mercatoria* (a), indicium dare ei qui syn-

(a) *Law Merchant*, pars est juris comm. generalis, sed nomine speciali vocatur, quia ex usu apud mercatores recepto qui vim legis obtinet per totam fere Europam, derivata est. Cf. *Step.* vol. i. p. 56.

grapham conscripsit, aut alteri qui nomen suum ei a tergo inscripsit [*the drawer or indorser of a bill*], aut qui a tergo chirographo subscripsit [*the indorser of a note*], eum qui nomen suum ex transverso super syngrapham ascripsit [*the acceptor of the bill*], aut chirographum confecit [*the maker of a note*] pecuniam ex his instrumentis debitam non solvisse, antequam iis actionem intendere possit ad pecuniam ex his instrumentis debitam exigendam. Sed de hac materia infra ubi de contractibus in specie agetur.

Punctum Secundum.

Quando impleri debeat contractus ?

201. Quod attinet ad tempus quo contractus executioni mandandus est, v. t. tempus præfinitum est vel non; in priore casu contractus impleri debet tempore statuto. Quædam vero præscripta juris nostri circa hanc materiam notanda sunt. Quando dicitur contractum infra mensem aut in fine mensis executioni mandandum esse, jam monuimus in tractatu de iustitia mensem *calendarium* [*a calendar month*] significari, nisi expresse declaretur mensem lunarem intelligi. Sed ex circumstantiis in quibus contractus conficitur, aut ex usu alicujus loci aut negotii fieri potest ut mensis lunaris intelligi debeat. Quum vero agitur de contractibus qui ad negotiandum pertinent, nisi contrarium expresse declaratur, mensis calendarius intelligitur. Menses lunares nunc non fere in aliis rebus occurrunt quam in contractibus de ædibus locandis et conducendis.

202. Quando tempus præfinitum computandum est ex aliquo actu peragendo; vel is qui contractum exsequi tenetur inter eos a quibus actus peragendus est computatur, vel non; in priore casu ipse dies in quo actus peragitur in tempore præfinito computatur, in posteriore ab illo excluditur. Quando contractus executioni mandandus est infra certum tempus *a die quo confectus est*, hic dies a computatione excludendus est. Quum merces venditæ essent quarum pretium post duos menses solvi deberet, declaratum est emptorem ad solvendum obligatum non esse nisi post duos menses non computato die quo res venierant. Quando dies [*a date*] a quo tempus exsequendi contractum computandum est præfinitur, v. g. *infra mensem a dicto die*, et dies aut definitur aut definiri potest, mensis ab hoc die computari debet, quamvis pars mensis elapsus sit antequam contractus initus est; si autem totus mensis elapsus est antequam contractus initus est, tempus computandum est ab illo die quo contractus initus est. Item per verba *uno mense post confectionem hujus instrumenti* aut *dehinc* [*from henceforth*] ex interpretatione

judicium intelligitur mensem computandum esse non a die quo conventio inita est sed ab eo quo instrumentum perfectum est. Quum Caius pacto se obligasset ad pecuniam solvendam die 29^o Feb. proxime sequentis, ita interpretati sunt iudices ut significaretur dies 29^{us} Feb. proximi anni intercalaris [*Leap year*].

203. Quum tempus præfinitum est ad exsequendum contractum, plerumque eum exsequi tenetur is qui obligatus est ipso die statuto, et si hoc non fecerit, etiamsi die proximo rem debitam obtulerit, tamen actioni propter violationem contractus obnoxius est. Sic si Caius qui nomen suum ex transverso super syngrapham ascripsit [*has accepted a bill*], pecuniam ex ea debitam die statuto Sylvio syngraphæ possessori non solverit, obnoxius est actioni, quanquam eam die proximo obtulit. Attamen is in cujus gratiam contractus impleri debet jure suo cedere potest, et obligationem in diem ulteriorem differre. Quum vero aliqua mutatio facta sit in tempore exsequendi contractum qui scriptis mandatus est, ea res scripto instrumento notetur necesse est. Fieri quandoque potest ut is qui contractum tempore aliquo futuro exsequi tenetur seipsum actioni obnoxium reddat, etiam priusquam dies statutus advenerit. Sic si Caius paciscatur cum Julio ut ei agros quosdam locet a die primo Januarii proximi, et ante diem statutum hos agros Sylvio vendat, Julius cognita venditione actionem Caio propter contractus violationem statim intendere potest. In casu quodam Caius contractum confecit, quo se obligavit ut omnia in certis agris commoda quibus fruebatur, Julio concederet in reliquum temporis spatium per quod eis fruendi jus ipse habuit, ea conditione ut aliquando intra septem annos post certum diem statutum, Julius 140 libras ei solveret. Ante septem annos confectos Caius sua commoda in iisdem agris Sylvio abalienavit, quapropter declaratum est Julium ei actionem ob contractum violatum intendere posse. Si vero contractus nonnisi post certum tempus executioni mandandus est, is qui eum exsequi tenetur actioni obnoxius non ideo fit quia aliquid facit quod eum tempore quidem intermedio inhabilem reddit ad contractum exsequendum, non item quum advenerit tempus statutum. Si vero is qui contractum exsequi tenetur ei *expresse renuntiaverit*, potest alter contrahens statim actionem ei propter contractus violationem intendere. Sic si Caius qui ex contractu sponsalicio Bertham ducere tenetur, huic contractui renuntiet, quanquam tempus celebrandi matrimonii nondum statutum fuerit, aut nondum advenerit, actio statim Caio propter contractus violationem intendi potest. Sed quando actio alicui intenditur eo quod contractui *expresse renuntiaverit* antequam tempus quo executioni mandari debeat advenerit, altera pars tenetur eligere utrum factururus sit;

non enim potest actionem ob contractus violationem intendere, et jus sibi reservare ipsius contractus exsecutionem tempore statuto exigendi.

204. Quum tempus contractus exsequendi expresse non definitum sit, contractus exsequendus est intra tempus rationabile habita ratione earum rerum quæ in similibus circumstantiis usu venire solent. Sic si Caius qui certas merces conficit, contractum inierit ut eas quam primum fieri possit Julio tradat, ex interpretatione judicum intelligetur Caium merces tradere debere intra tempus rationabile, habita ratione ejus facultatis merces conficiendi, quantam mercaturam faciat, et quot contractus eodem tempore suscepisse cognoscatur. Sed quando Caius se obligat ad contractum statim [*forthwith*] exsequendum, tenetur eum non intra tempus rationabile, sed intra breve tempus, ratione habita negotii, exsequi. Sic quum Caius pactus esset cum Julio ut certas merces statim [*forthwith*] ei traderet, et Julius obligatus esset ad pretium solvendum intra quatuordecim dies post contractum initum, declaratum est merces secundum intentionem partium intra quatuordecim dies tradi debuisse. Iterum quum ex contractu Caius intra v. g. sex dies continuos [*running days*] ad quandam actum, puta ad navem onerandam, obligatur, dies etiam dominicus numeratur, nisi contrarium aut expresse aut ex consuetudine statuatur. Insuper quum contractus confectus esset inter Caium procuratorem causarum [*an attorney*] et Julium qui nondum in hunc ordinem cooptatus est, quo pactum est ut societatem ad negotia procuratorum gerenda absolute et in præsentì inirent, declaratum est societatem vi contractus statim initam esse, quanquam hic contractus societatis prorsus irritus est quia Julius artem procuratoris exercere non potuit.

Punctum Tertium.

Quæ causæ ab exsecutione contractus liberent?

205. Quindecim modi a jurisperitis numerantur quibus quis obligatione quam ex contractu incurrit liberatur (a); nempe 1° absoluta impossibilitas contractum exsequendi; 2° solutio; 3° consensio et satisfactio; 4° syngrapha a creditore accepta; 5° liberatio; 6° alia actio in eadem causa intenta aut judicium obtentum; 7° arbitrium et arbitratorum judicium; 8° summa pecuniæ oblata ad debitum solvendum; 9° tempus ex lege determinatum intra quod actio intendatur necesse est; 10° compensatio; 11° si

(a) Cf. Chitty a p. 663 usque ad p. 802 ubi de hac materia satis fuse agit.

contrahens fuerit minor; 12° sive mulier matrimonio juncta; 13° vel si foro cesserit sive exigentibus creditoribus; sive 14° ipse debitor hoc voluntarie fecerit; 15° denique defensio causæ æquabilis. De modis nn. 13 et 14 recensitis in Tractatu de Restitutione agemus; quando vero impossibilitas ab executione contractus excuset supra n. 87, et n. 158 et seq. satis exposuimus. De ceteris modis supra recensitis nunc agendum est.

Articulus Primus.

De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus per solutionem [payment].

206. In hac materia quæritur a quo et cui solutio facienda sit; quantum et quo modo solvendum sit. 1. Quod attinet ad eum a quo solutio facienda est, regula generalis est ut solutio aut satisfactio fieri debeat vel ab eo qui aut solus aut simul cum aliis ex contractu obligatur, vel ab ejus procuratore, qui ad solutionem ejus loco faciendam constitutus est. Sufficit vero vel procuratorem ad solutionem faciendam ipsius vice a debitore constitutum esse antequam satisfactionem fecerit, vel debitorem solutionem ejus vice antea factam postea ratam habuisse. Solutio ab altero facta nisi fiat nomine et auctoritate contrahentis eum non liberat. 2. Cui solutio facienda sit? Satis evidens est contrahentem regulariter teneri ei solvere cui ex contractu se ad solvendum obligavit. Attamen complura sunt præscripta legis circa hanc materiam quæ expositione indigent. Sic si Caius merces Julii, ejus auctoritate sive tamquam suas proprias, sive tanquam merces Julii Sylvio vendiderit, hic juste et legaliter obligatione contractus liberabitur, si pretium Julio solverit. Item solutio facta Caio procuratori generali Julii a Sylvio secundum modum consuetum gerendi negotia et antequam ipse Julius solutionem exegerit, in utroque foro valebit. Sed solutio fieri debet secundum modum consuetum gerendi hujusmodi negotia; unde solutio facta extra tabernam mercatoris ministro cui secundum consuetum modum agendi nonnisi in ipsa taberna pretium mercium accipere licet, debitorem non liberat. Neque potest procurator suum auctorem obligare quum v. g. syngrapham in solutionem debiti accipit; quia nisi specialis ei potestas facta sit, solutionem tantummodo pecunia numerata accipere debet. Neque ullo modo potest Caius qui contractum iniit cum Julio procuratore Sylvi, se ideo excusare hac obligatione quod Julius ipsius debitor sit, nisi aut hic modus agendi usu bene cognito sancitus sit, aut nisi auctor permiserit procuratori proprio suo nomine contractus inire. Ex altera vero parte, quum procuratori lege obligata est pecunia ex

rebus venditis percepta, donec aliquod debitum ei a suo auctore solvatur [*when he has a lien on the goods sold by him*], id quod contingit proxenetæ [*a factor*], aut auctionum curatori, emptor seipsum defendere non potest ea ratione, quod antequam actio ei a procuratore intenderetur pretium auctori jam solvisset. Et quanquam ei qui rem aliquam lite prosecutus est satisfactum est quum illius cognitori [*attorney*] facta sit solutio, attamen si facta esset cognitoris procuratori cui hic officium actionem reo [*the defendant*] intendendi delegasset, adhuc liceret petitori solutionem apud iudices postulare. Quum auctionum curator conducatur ad merces alienas vendendas, pendebit omnino ex conditionibus venditionis utrum solutio ei facta contra ejus auctorem rata habenda sit necne, nisi probetur auctionum curatori factam esse generalem potestatem pretium mercium accipiendi, aut merces proprio suo nomine esse venditas. Solutio facta proxenetæ [*a broker*] plerumque auctorem ejus non obligabit, sed hic obligatur si probetur talem esse consuetudinem negotii, aut usu receptum esse inter auctorem et proxenetam ut hoc modo rem gerant.

Cognitor [*the solicitor*] venditoris, quamvis penes se teneat instrumentum abalienationis, non ideo auctoritatem habet ad pretium accipiendum, etiamsi venditor nomine suo in tergo instrumenti inscripto pretium solutum esse agnoverit. Præterea etsi quis jure possidet instrumentum quo agri quidam abalienati sunt in vadio mortuo, concessa facultate fenus accipiendi, non ideo jus habet sortem [*the principal*] accipiendi. Neque potest uxor solutionem pro suo marito accipere, nisi ostendatur ei factam esse potestatem solutionem vice mariti accipiendi. Quum plures rem aliquam in judicio petant, et unus ex iis fraudulenter det reo liberationem [*a release*], hæc breviter et summatim a iudice cognoscetur et repelletur; aut si apocham fraudulenter datam agnoverit, licebit hoc probare in causa cognoscenda, quo facto apocha nullam vim habebit. Præterea si is qui tantum nomine tenus est petitor in aliqua causa fraudulenter concedat liberationem reo, hæc liberatio breviter et summatim a iudice rejicietur.

207. Quum solutio facta est uni ex sociis alicujus societatis plerumque omnes socios obligabit, etiamsi societas dissoluta sit, et debitori rite significatum fuerit potestatem recipiendi ea quæ societati debita sint, certo homini datam esse, nisi simul declaratum fuerit potestatem debita recipiendi illi socio ademptam esse. Quum vero pecunia apud argentariam deposita est nominibus plurium qui non sunt socii, argentarii obligatione pecuniam solvendi non liberabuntur si eam uni ex eis sine consensu ceterarum solverint. Solutio facta uni ex testamenti exsecutoribus, etiam antequam testamentum probatum est [*before probate*], sufficit ut

debitor obligatione liberetur, etiamsi facta sit mulieri matrimonio junctæ, cujus maritus recusarit quominus ea munus exsecutricis acciperet, dummodo debitor quum pecuniam solvit mariti dissensionem ignoraret. Similiter solutio facta administratori bonorum alicujus defuncti, qui testamentum confecerit, post literas administrationis obtentas rata et valida est; et quamvis probatio testamenti aut administratio postea revocata fuerit, adhuc ex 20 et 21 Viet. c. 77. s. 77. (de quo infra ubi testamentis agetur), solutio bona fide facta exsecutori aut administratori, ante revocationem potestatis iis concessæ, debitorem sua obligatione liberabit. Solutio debiti facta uni ex pluribus fiduciariis ceteros obligat; sed quum fiduciarii quidam ex procurationis potestate eis conjunctim facta [*under a joint power of attorney*] bona et possessiones vendidissent, et pretium apud argentarium deposuissent, et is pecuniam solvisset uni ex fiduciariis sine consensu ceterorum, declaratum est eum aliis fiduciariis adhuc obligatum esse. Videtur tamen solutionem factam uni ex pluribus quibus munus administrandi res alicujus qui foro cesserit [*assignees of a bankrupt*] demandatum est, sufficere ut debitor sua obligatione liberetur (a). Sed si Julius actionem intendat Caio argentario, apud quem negotia habet, ad pecuniam mutuam datam exigendam, non poterit hic se defendere hac ratione, quod eandem summam ex syngrapha Julii debitam quæ in argentaria solvi debuit, Sylvio tradiderit, si hic solutionem vi nominis fraudulenter in tergo instrumenti inscripti exegerit, quia apocham dare nequit ex qua efficietur ut pecunia ex syngrapha solvenda a Julio repeti nequeat. Quum vero Julius tradit Caio argentario instrumentum a Petro conscriptum quo Caius jubetur certam summam solvere aut ipsi Paulo aut ad ejus mandatum [*a draft or cheque drawn on a banker, for a sum payable to order on demand*], Caius auctoritatem sufficientem accipit ad hanc summam Julio solvendam, si nomen Petri in tergo instrumenti, quamvis falso et fraudulenter, (inscio tamen Caio) inscriptum sit. Sed solutio pecuniæ ex syngrapha [*a bill of exchange*] facta ab eo a quo confecta est iis qui illam tenent, non liberat eum qui nomen suum in facie instrumenti scribendo agnoscit se hanc summam confectori instrumenti debere atque promittit se eam soluturum [*the acceptor*]; adhuc enim tenetur eum qui syngrapham confecit indemnem reddere, nisi tamen probetur syngrapham datam esse in commodum illius a quo confecta est [*was an accommodation bill*].

208. Hactenus vidimus a quo et cui debitum ex contractu

(a) Cf. Chitty, p. 676.

solvendum sit; 3. nunc *quantum* solvi debeat exponendum est. Quum summa debita est *certa et determinata*, tota solvenda est, neque si debitor allegaret petito rem jam partem debiti pro toto accepisse, locum haberet hæc exceptio [*this plea would not be admissible*], ne post causam quidem in gratiam debitoris dijudicatum (a). Neque etiamsi petitor consenserit partem debiti loco totius accipere, atque etiam apocham in hunc effectum dederit, liberatur debitor in foro civili ab obligatione totum debitum solvendi. Ita Caius et Julius conjunctim debebant trecentas libras Petro, qui actionem Caio solo ad hanc summam exigendam intendebat. Caius de hoc conquestus est, et quibusdam rationibus allatis quibus probare nisus est Petrum totam summam ex judicio non obtenturum, hanc conditionem ferebat, ut lite composita ipse partem debiti atque impensas actionis instituendæ solveret. Petrus conditionem accepit, et per scriptum instrumentum agnovit se summam solutam pro toto debito et impensis actionis accepisse. Sed nihilominus Caius alteram actionem Julio intendit ad partem debiti non solutam exigendam, et judices declararunt per compositionem minime ablatam esse obligationem totum debitum solvendi, et ideo Julius reliquam ejus partemolvere coactus est. Si vero non sit certa et determinata, et petitor summam minorem pro tota accipere consenserit, ejus solutio ad totum debitum extinguendum sufficiet. Et si Caius, qui nullo modo obligatur Julio, paciscitur certam partem summæ quæ ei a Petro debita est loco totiusolvere, hæc solutio totum debitum extinguet; quia fraus fieret Caio si Julius postea reliquam partem debiti a Petro exigeret. Similiter si Petrus compositionem faciat cum omnibus suis creditoribus, ex qua certam partem debiti loco totius accipere paciscuntur, solutio hujus partis ad totum debitum extinguendum sufficiet. Similiter quum Caius solvisset Petro partem pecuniæ quam hic sibi deberi affirmabat, et reliquam partem Julio tanquam Caii et Petri fiduciario, ea conditione ut is pecuniam teneret donec controversiæ quædam inter eos compositæ essent, judices declararunt solutionem ad hunc modum factam sufficere.

Quum post actionem intentam reus se excusat ea ratione quod debitum jam solutum sit, omnino necesse est defendere et probare summam solutam et acceptam esse in satisfactionem *debiti, damnorum, et impensarum actionis*.

(a) "A plea which alleged the payment by the defendant, and receipt by the plaintiff, of a smaller sum, in satisfaction of a liquidated and ascertained sum of larger amount, would be bad even after verdict by 15 & 16 Vict. c. 76, s. 75, and pleas of payment are to be taken distributively." Chitty, p. 677.

Quatenus compositio debiti a solutione totius excuset in conscientia infra ubi de restitutione exponetur. Nunc 4. inquirendum est quo modo solutio facienda sit?

209. In jure aliquando ex lapsu temporis aliisve circumstantiis *præsumetur* debitum jam solutum esse. Sic si ex apocha constet redditum agrorum ad certum diem solutum esse, gravis inde nascitur *præsumptio* omnem redditum usque ad hunc diem jam esse exsolutum. Similiter quum Caius opifex qui cum quibusdam aliis ad quædam opera pro Julio perficienda conductus est, actionem intendisset ad mercedem jam abhinc biennio debitam exigendam, et quum probatum esset mercedem opificibus ad finem singularum hebdomadum solutam esse, neque Caium unquam auditum esse conqueri suam mercedem modo consueto non esse solutam, declaratum est *præsumendum* esse mercedem jam solutam esse. Similiter si domesticus, postquam a famulatu heri cujusdam jamdiu abierit, actionem intendat ad mercedem exigendam quam antea non exegerit, mercedem jam solutam esse a judice *præsumetur*. Si Caius qui syngrapham confecerit actione Julio syngraphæ ascriptori [*the acceptor*] intenta, ipsam afferat, et in ejus tergo scriptum sit pecuniam ex ea debitam jam esse solutam, nulla mentione facta a quo soluta sit, ex hoc prima facie censebitur pecuniam non a Caio sed a Julio solutam esse. Sed ex eo quod Julius syngrapham habet, ne prima quidem facie probari censebitur pecuniam ex syngrapha debitam ab eo solutam esse, nisi stabiliatur eam alteri pretio accepto traditam esse postquam Julius nomen suum ex transverso super eam ascripserit; neque *præsumetur* etiam in hoc casu pecuniam ex ea debitam solutam esse, etiamsi hoc in eo inscriptum sit, nisi probetur hoc scriptum esse ab eo ipso cui solutio debita sit, aut nomen ejus ei subscriptum esse. Rursum Caius merces pecunia *præsenti* emit a Julio, et pretium solvit Sylvio Julii procuratori per syngrapham super quam Julius nomen suum ex transverso ascripserat. Sed quanquam pecunia ex ea solvenda debita est tempore quo tradita est syngrapha Sylvio, attamen soluta non est. Primo quidem Sylvius syngrapham in solutionem pretii mercium accipere recusavit, postea vero eam accepit et tradidit Julio a quo retenta est. Julius paulo post foro cessit et actione Caio intenta ab iis quibus administratio ejus bonorum demandata est, pronuntiatum est, quum nulla fraus in accipienda syngrapha pro pretio mercium probata esset, solutionem ratam et validam esse.

210. Sæpe solutio fit per mandatum scriptum argentario tradendum, a quo pecunia instrumento tradito solvenda est. Quando forma mandati ejusmodi est ut pecunia solvi debeat aut creditori ejus a quo mandatum scriptum est, aut alteri qui id apud argen-

tariam exhibuerit, et pecunia revera soluta est; aut etiamsi solutio recusata est, probatum autem non est recusatam esse antequam actio intenta sit, creditori incumbit probare mandatum ob aliam causam quam ob debiti solutionem datum esse. Manifestum tamen est debitorem non posse se hoc modo in conscientia defendere nisi debitum suum revera solverit. Mandatum ex quo pecunia ab argentario solvenda est [*a cheque*], eundem quem pecunia numerata effectum habet, donec apud argentarium exhibetur et solutio recusatur; et nisi concessum est non absolute sed sub aliqua conditione, si creditor illud tum tenet quum actio intenditur, eandem habet vim ac solutio præsenti pecunia facta; et ideo actio ad debitum exigendum intendi non poterit, donec mandatum apud argentarium exhibitum fuerit, et solutio recusata. Quando pecunia per literas rite inscriptas et per tabellarios publicos preferendas [*by post*] ad creditorem transmittitur, solutio erit rata et valida si creditor indicaverit debitori se velle ut pecunia hoc modo transmittatur, aut si hic sit modus consuetus negotia inter eos agendi. Sed quodam casu quum ad creditorem solutionem exigentem debitor misisset mandatum ex quo pecunia apud mensam tabellariam solvenda erat [*a post office order*], erratum erat in prænومine creditoris, cui tamen indicatum est pecuniam ei solutum iri si prænomen quod erat in mandato subscriberet, quod facere recusavit; actione intenta declaratum est debitum solutum non esse. Sed re vera nisi aliquod damnum inde timeret, debuit creditor prænomen illud quod mandatum præ se tulit subscribere et solutionem accipere; neque justum erat ob talem errorem debitorem impensis actionis vexare.

Petrus summam debebat Paulo, qui aliam summam debebat Caio. Inter eos convenerat ut Paulus suo debito erga Caium liberaretur, et ut Petrus obnoxius esset Caio loco Pauli. Hoc non obstante Paulus actionem Petro intendit ad solutionem debiti exigendam, sed declaratum est Petrum ei non amplius obligatum esse. Si vero debitor remittat creditorem suum ad tertiam personam quæ debitum pecunia præsenti solvere debet, et ipse creditor solutionem alio modo accipiat, hoc facit suo periculo, et debitor ei non amplius obligatur. Sic Caius mandatum ex quo apud argentarium pecunia præsens solvenda esset dedit Julio suo creditori; qui solutionem per syngrapham ab argentario accipere consensit. Ante tempus quo syngrapha solvi deberet argentarius foro cessit, et actione a Julio intenta juste declaratum est Caium non amplius pecuniæ solvendæ obnoxium esse. Iterum Caius Sylvii debitor dedit ei mandatum ut solutionem obtineret a Julio Caii debitore. Sylvius, Caio in scio, moram concessit Julio qui paulo post foro cessit. Declaratum est Caium non amplius de-

biti solvendi obnoxium esse. Sed quum Caius debitor Julii mandasset argentario suo Sylvio ut is certam summam acceptam referret Julio qui pecuniam suam apud eundem argentarium deposuerat; ita tamen ut pecuniam non statim solveret, sed per syngrapham ex qua post mensem solvi deberet, et argentario et creditore ad hunc agendi modum consentiente; et quum argentarius ante mensem confectum foro cessisset, declaratum est Caium ad solvendum debitum adhuc obligari.

211. Quum Caius, qui pecunias ex diversis rationibus debet Julio, ei aliquid solvit neque indicat quodnam debitum dissolvere velit, potest illud Julius ad suum arbitrium in solutionem cujuslibet debiti adhibere; si vero Caius tempore solutionis declaret se velle aliquod debitum speciale dissolvere, aut si ex circumstantiis constet hanc fuisse ejus intentionem, tenetur Julius pecuniam in hujus debiti solutionem accipere. Sed si neque expresse neque ex circumstantiis appareat Caium voluisse pecuniam in solutionem debiti specialis adhiberi, potest Julius eam accipere in solutionem debiti ex contractu simplici, quamvis Caius aliam summam ei ex facto debeat; aut etiam in solutionem debiti quod propter lapsum temporis actione vindicari nequit. Supponitur tamen Caium sponte hanc pecuniam Julio tradisse nulla facta mentione debiti in cujus solutionem adhibenda sit; si enim pecunia in scio aut invito Caio ad manus Julii pervenerit, hic non potest ad arbitrium statuere in cujus debiti solutionem adhibenda sit. Diximus necessarium non esse ut creditor declaret in cujus debiti solutionem pecunia adhibenda sit, sed hoc ex circumstantiis determinari posse. Sic quum Caius qui debet unam summam Julio proprio suo nomine, et aliam ut exsecutor testamenti Petri, solutionem sine ulla debiti mentione Julio facit, ex interpretatione legis pecunia in proprii ipsius debiti satisfactionem solvi censetur. Quum Caius pecuniam debet Julio tum ex lege v. g. quia agros ab eo emit pretio non soluto, tum etiam ex æquitate, v. g. ut ejus socius in contractu societatis, si debitum legale extitit ante debitum æquitabile, nisi contrarium declaret Caius, solutio facta Julio in satisfactionem debiti legalis necessario accipienda est; si vero debitum æquitabile extitit ante legale, Julius pecuniam in solutionem hujus debiti accipere potest. Sed quum Caius solutionem modo generali et sine restrictione facit Julio, is eam accipere non potest in solutionem debiti quod neque a lege neque ab æquitate agnoscitur, debito sive legali sive æquitabili prætermisso. Sic quum Caius qui duo debita propter operam et laborem sibi a quodam corpore vindicabat, contractu in uno casu sigillo corporis non munito, summam a corpore sine ulla restrictione accepisset, declaratum est hanc summam in

solutionem debiti ex contractu simplici applicari non posse. Sed manifestum est tribunal in hoc casu judicasse debitum ex contractu simplici non esse æquitabile: quia in alio casu quum Petrus procurator causarum propter negotia pro quodam corpore peracta varia ab eo exigebat debita, et quum contractus quo ad ejus negotia peragenda conductus est, in quibusdam casibus sigillo munitus est, non item in aliis; declaratum est solutionem ei sine restrictione factam applicari posse in satisfactionem debiti ex contractu simplici, qui extitit ante debitum ex contractu solenni, quia prius debitum justum esset et æquitabile quamvis actione legali vindicari non posset. Iterum quum Caius debet Julio duo debita, unum legale, alterum ex contractu illegali et irritum in jure, solutio sine mentione debiti facta in solutionem debiti legalis necessario adhibenda est. Si vero contractus ex quo Caius aliquid Julio solvere tenetur, non est in jure irritus sed tantummodo talis ut ejus executio actione vindicari nequeat; si Caius summam solvat Julio sine ulla restrictione, is hanc solutionem adhibere potest in satisfactionem debiti quod actione vindicari nequit, etiamsi Caius aliam summam debeat quæ actione vindicari potest (a). Quum Caius qui est socius in aliqua societate debet pecuniam Julio tanquam persona distincta a societate, et ipsa quoque societas aliquid Julio debet, et Caius ex pecuniis societatis summam sine ulla mentione debiti solvit Julio, hæc summa accipienda est non in solutionem debiti privati quo gravatur Caius sed debiti societatis. Iterum Caius qui Julio de debito Sylvii sponderat quum ipse debitor Julii esset, pecunias variis temporibus Julio solvit; actione Caio intenta ad solutionem debiti de quo spondit obtinendam, is se excusavit ea ratione quod solutiones a se factæ in solutionem hujus debiti accipiendæ essent. Tribunal tamen declaravit solutionem in satisfactionem debiti ipsius Caii accipiendam esse. Sed quum Caius fidem suam Sylvio obligasset pro Julio non de debitis *jam* existentibus, sed de pretio mercium *postea* ei suppeditandarum, et Julius qui etiam ex aliis rationibus debitor erat Sylvii, pecunias ei variis temporibus solvisset, et deductio ex pretio mercium propter solutionem anticipatam facta esset; tribunal declaravit pecuniam computandam esse in solutionem debiti pro quo Caius fidem interposuerat. Rursum Caius spondit Julio de certa parte debiti Sylvii qui postea foro cessit; et ejus rebus venditis, aliqua pecunia singulis creditoribus data est ad partem debiti dissolvendam.

(a) In *Cruikshanks v. Rose*, "it was held, that although one of two demands was for spirituous liquors supplied in small quantities, contrary to 24 Geo. 2, c. 40, s. 12, yet the creditor might apply a general payment to such demand instead of the other." A. Cf. *Chitty*, p. 685. n.

Julius contendebat per hanc solutionem non esse dissolutam ullam partem debiti de qua Caius fidem suam ipsi obligasset, sed tantummodo adhibendam esse circa excessum debiti supra summam pro qua Caius cautionem dederat. Sed a iudice declaratum est solutionem ex bonis Sylvii factam etiam eam partem pro qua Caius fidem suam interposuerat complecti (a). Jus vero nostrum prima facie non agnoscit pecunias sine mentione ullius debiti solutas ad debita quædam specialia dissolvenda adhiberi posse, quando non sunt *rationes diversæ* inter partes, aut quando rationes quanquam sint diversæ, ex modo agendi partium ut una ratio integra habentur. In his casibus solutiones sine discrimine factæ ad prima debita dissolvenda adhiberi censentur. Sic Caius, nullo debito diserte significato, chirographo suo cautionem dederat quibusdam qui societatem argentariæ faciendæ coierant, de solutione necessaria ad rationes inter ipsum et societatem adæquandas, et insuper de solvenda pecunia quæ postea ex argentaria ei mutua daretur. Unus ex sociis mortuus est, et eo tempore non parvam summam debebat Caius argentariæ. Novus socius loco defuncti in societatem cooptatus est; et pecuniæ a nova societate Caio datæ sunt, quæ addebantur pecuniis alteri societati jam debitis; ita ut omnium harum pecuniarum conjunctim una eademque ratio haberetur. Caius vero pecunias in satisfactionem sui debiti pluries solverat. His solutionibus summa debita quum socius mortuus est multum imminuta est, et quod reliquum erat rogante Caio ab argentariis translatum est ad rationes Julii qui apud eos negotia transigebat; et is debitum solvendum suscepit. Julius debito non soluto foro cessit, et argentarii ex priore societate qui superstites manebant actionem Caio intendebant ut quod reliquum esset ex summa quæ ex chirographo ejus debebatur exigerent. Sed quoniam ii pecuniæ ex chirographo debitæ ab initio rationem non habuerunt ut debiti distincti, et eam cum aliis pecuniis postea mutuis acceptis in unam rationem conjungebant, declaratum est hoc iis non esse permittendum, et ideo solutiones esse applicandas in satisfactionem debitorum secundum ordinem temporum quibus contracta sunt; et quoniam variæ solutiones sufficiebant ad solvendum plus quam quod debebatur tempore quo socius mortuus est, debitum ex

(a) Thus where Caius guaranteed Julius against debts to be contracted by Sylvius to the amount of 400*l.*, and Sylvius became indebted to Julius to the amount of 625*l.*, upon which by a composition with his creditors he paid them 8*s.* 7*d.* in the pound, thereby leaving 356*l.* due to Julius, out of his whole claim: it was held, that Caius was entitled to deduct from that sum 171*l.* 13*s.* 4*d.*, being the amount of 8*s.* 7*d.* in the pound upon 400*l.* Cf. Chitty, p. 686.

chirographo jam solutum esse. Sed in hoc casu unus ex iudicibus censebat Caium liberatum esse quum quod reliquum esset pecuniæ, quæ ex chirographo debebatur, ad rationes Julii ab argentariis translatum esset.

Ex his omnibus concludendum esse videtur, quum mortuus sit unus ex sociis alicujus societatis quæ debitis gravata est, et socii superstites negotia gerere perseverant cum creditore a quo negotia sua cum prima et secunda societate in unam rationem conjunguntur, pecunias quæ ei a sociis superstitibus solvantur in satisfactionem antiquioris debiti accipiendas esse; præsumitur enim partes consensisse ut omnium acceptorum et datorum una ratio haberetur, et morte unius ex sociis nullam mutationem, quod ad negotia attineat, factam esse. Regula vero hæc mutari potest aut expressa conventionione aut ex modo quo negotia inter partes geruntur.

Apocha sigillo non munita qua agnoscitur debitum solutum esse [*a receipt not under seal*], nonnisi *prima facie* ut aiunt testimonium solutionis præbet, quod evertitur si probetur eam fraude aut errore obtentam esse, aut esse tantummodo fucatam et simulatam, et pecuniam revera solutam non esse. Instrumentum hujusmodi scriptum etiam testimonio vocis explicari potest. Instrumenta quibus debiti solutio agnoscitur, quando summa ad duas libras aut ad amplius pertingit, signo reipublicæ cujus pretium est unus nummus [*a penny*] signari necesse est. Sed quoniam varia alia instrumenta signo reipublicæ signari necesse est, de hac tota materia infra suo loco ageatur (a).

Articulus Secundus.

De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus per consensionem partium et satisfactionem [*accord and satisfaction*].

212. Hic modus quo quis se liberare potest obligatione qua ex contractu tenetur in eo consistit, quod quum Caius alleget Julium obligari ad aliquid sibi ex contractu præstandum, ad quod exigendum actionem intendere possit, convenit inter eos ut Caius aliquid aliud quod ei tradere promittit Julius, loco rei debitæ accipiat; quam rem promissam quum Julius præstiterit, Caius non poterit ei actionem, ea de causa quod contractus non sit impletus, intendere. Sic Julius qui pactus est domum ædificare pro Caio aut equum ei tradere, et hoc non fecit, reus est injuriæ propter

(a) Cf. si lubet Chitty, p. 688 et seq. Sed tota hæc materia nunc regitur statuto die 10^o Aug. 1870 (33 et 34 Vict. c. 97) lato.

quam Caius actionem ei intendere potest; si autem Caius accipiat summam pecuniæ, aut si alio modo damnum ex ejus consensu reparetur, non amplius ob hanc injuriam actionem intendere poterit. Sed mera consensio [*accord*] ex parte Caii ad summam pecuniæ aut aliam rem in compensationem injuriæ accipiendam, eum non prohibebit ab actione intendenda, donec pecunia revera solvatur, aut res tradatur. Itaque docent plerumque jurisperiti consensionem nullum effectum legalem habere nisi res plene et perfecte in executionem perducta sit (*a*). Attamen si consensio sit de re aliqua loco illius quæ ex contractu debetur die futuro præstanda, et si res tempore statuto tradita et accepta sit, quamquam actio ante rei acceptionem intendi potuerit, post acceptionem hoc fieri nequit. Insuper consensio potest esse vel ut Caius accipiat *rem promissam* loco illius quæ ex contractu debita est; vel ut loco illius *promissionem* Julii accipiat, cujus pretium est promissio Caii ut actionem propter contractus violationem ne intendat. In priore casu Caius nullam accipit satisfactionem donec consensio executioni mandata sit; in posteriore actionem ideo intendere nequit quod Julius contractum executus non sit; quia alter contractus in locum prioris substitutus est, cujus executionem actione vindicare potest. Itaque constare debet Caium accepisse promissionem Julii loco rei ex contractu debitæ, et ideo implicite consensisse ad obligationem prioris contractus pro obligatione posterioris commutandam; aliter enim promissio Julii esset nuda et nullam novam causam actionis præberet (*b*). Itaque nova conventio ad satisfactionem præstandam ob pretium æstimabile et utramque partem obligans obstat ne actio propter prioris contractus violationem intendi possit (*c*).

213. Plerumque docent jurisperiti (*d*) consensionem qua Caius se obligat ut actionem Julio ob contractus violationem ne intendat, illi *commodum* et *compensationem* affere debere. Hoc principio niti videtur præscriptum juris quod art. 1^o exposuimus, nempe, acceptionem summæ minoris loco majoris, modo hæc certa et

(*a*) Cf. Steph. vol. 3. p. 369. Chitty, p. 690.

(*b*) "Eyre, C. J., said that an accord *executory* is no bar, *because no remedy lies for it for the plaintiff*. But it is evident that the C. J. alluded to cases of *bare* promises to render satisfaction, not founded on a *new consideration and binding on the creditor*." Chitty, loc. cit. n.

(*c*) "But the assignment of property *by deed* for the purpose of securing debts due and to be due, with a power of sale on giving six months' notice, is to be viewed only as a *collateral security*, and does not suspend the remedy by action for the debts, although no such notice has been given; unless there be an *express stipulation* in the deed, that the remedy by action should not be adopted." Chitty, p. 692.

(*d*) Cf. Chitty, p. 693.

determinata sit, non ob stare ne actio ad reliquum summæ majoris exigendum intendatur. Sed si summa debita non sit certa nec determinata, aut si res quæ loco summæ debitæ datur et accipitur non sit pecunia, actio ad debitum exigendum non competet. Sic syngrapha ex qua solvenda est pecunia ipsi Petro vel ad ejus mandatum aut ei a quo exhibita fuerit [*a negotiable security*], a Caio accepta in satisfactionem etiam majoris summæ quam quæ ex syngrapha debita est, ipsum obligabit ita ut actionem ad reliquum debiti obtinendum intendere nequeat. Similiter quum res quæ ex consensione in satisfactionem contractus accipitur incertum habet pretium, sufficiet ad extinguendum quodcumque debitum quod ex contractu simplici solvendum est. Similiter etiamsi summa debita sit certa et determinata, quum Caius consentit summam minorem loco majoris accipere, ea conditione ut Julius litem dimittat et impensas solvat, hoc ad totius debiti satisfactionem sufficiet. Similiter si Petrus et Paulus conjunctim debent centum libras Caio, et hic consentit ut solus Petrus debito teneatur, hoc erit pretium sufficiens pro consensione qua obligatio conjuncta utriusque ad debitum solvendum dissolvetur.

214. Plures tamen sunt casus in quibus consensio partium, etiamsi executioni mandata fuerit, inefficax erit ad obligationem civilem contractus auferendam, quia is cui competit actio nullam compensationem ex consensione accipit. Sic quum Julius actionem Caio intendisset quia ejus pecora injuste occupasset, consensionem inierunt ut Caius pecora restitueret. Hoc fecit Caius, sed judex declaravit Julium adhuc actionem intendere posse propter injustam pecorum detentionem. Quum Caius actionem intendit Julio, et Julius vicissim Caio, consensio, non tamen sigillo munita, inter eos inita ut uterque ab actione desistat, non efficit ut alteruter actionem suam proseguire ne possit. Iterum Caius debitor Julii dedit ei potestatem, ut tanquam ejus procurator pecuniam a pluribus ipsius Caii debitoribus colligeret, et sibi quodcumque debitum esset ex his pecuniis solveret. Convenit etiam ut Julius in colligendis debitis ordinariam adhiberet diligentiam. Actione postea a Julio intenta ad debitum exigendum, Caius se excusavit ea ratione quod si Julius justam adhibuisset diligentiam, summam debitam antequam actionem intenderat accepisset, et quod Caius ipse propter ejus negligentiam omni spe rationabili pecuniam sibi debitam obtinendi privatus esset. Verumtamen declaratum est Caium debito non satisfecisse. Attamen si Julius aut ex fraude aut ex negligentia graviter culpabili Caio damnum intulisset, sine dubio in foro conscientiae hoc reparare teneretur. In alio casu Caius per chirographum [*a bond*] se obligavit ut certam summam cuidam socie-

tati solveret. Quidam ex sociis a societate se subtraxerunt, quo facto ceteri novam societatem coierunt, et debitum Caii ad rationes novae societatis translatum est. Actione intenta declaratum est Caium hac translatione liberatum non esse ob obligatione solvendi priori societati debitum quod ei ex chirographo solvere tenebatur. Iterum Caius actione Julio intenta ad pecuniam ex chirographo [*bond*] debitam exigendam, is se defendit hac ratione quod Caio abdicasset totum suum jus redimendi certas aedes quas in vadio mortuo abalienasset [*had surrendered all his equity of redemption of and in certain premises*], in satisfactionem omnium pecuniarum quas ex chirographis Caio debebat. In judicio declaratum est consensionem et satisfactionem hujus debiti, utpote quod ex chirographo solvendum esset, sigillo muniri debuisset. Propter eandem rationem, quando Julius, qui pecuniam ex chirographo debitam non solvisset, se excusavit quia Caius cui debita est, post diem quo ex chirographo solvi debuerit, et ante actionem intentam, acceperit quasdam syngraphas nondum debitas in satisfactionem partis debiti, et post hunc diem summam pecuniae in reliquae partis satisfactionem; excusatio rejecta est. Itaque Caius quum obligatur ex facto ad aliquid agendum non potest se excusare simplici consensione et satisfactione; sed hac ratione se defendere potest apud tribunal aequitatis contra actionem intentam ad damna exigenda propter violationem pactorum quae in facto continentur. Insuper quum partes se submiserint per factum iudicio arbitrorum, actione intenta a Caio propter violationem hujus iudicii, Julius se defendere poterit excusatione consensionis et satisfactionis facto non firmatae. Haec excusatio a tribunalibus rejicietur quandocumque apparebit consensionem et satisfactionem irritam esse ex culpa ejus qui eam proferat.

Quum unus ex pluribus reis in aliqua causa excusetur eo quod consensio et satisfactio intervenerit, actio aliis intendi nequit. Et quum plures petitores actionem intendant ad postulatam commune [*a joint demand*] exigendum reus se excusare potest allegando consensionem et satisfactionem cum uno ex iis intercessisse; neque necesse est ostendere aliquam potestatem ad hoc pactum conficiendum ab aliis petitoribus concessam esse. Quum Caius causam habet contra Julium, et Sylvius ad quem nihil attinet, per consensionem et satisfactionem litem cum Caio componit, talis consensio, &c., donec ei assentitur Sylvius, non efficit ne actio intendi possit.

Articulus Tertius.

De modo quo Caius se liberare potest obligatione contractus eo quod alter contrahens Julius in solutionem debiti acceperit syngrapham aut aliud instrumentum ex quo pecunia solvenda est aut ipsi Julio, aut Sylvio, vel ad ejus mandatum, aut ei qui id exhibuerit [a bill of exchange or other negotiable security].

215. Quum debitor syngrapham aut chirographum tradit suo creditori qui id accipere consentit in *solutionem* sui debiti, et solutionem syngraphæ, &c., in se recipit; aut quum ex modo agendi creditoris, aut ex specialibus negotii circumstantiis talis conventio implicite existere a jure judicatur, creditor nullum aliud habet remedium nisi ut vi ipsius instrumenti solutionem debiti exigat. Quando syngrapha aut aliud instrumentum accipitur in satisfactionem et solutionem debiti, necesse non est ut præ se declaret solutionem faciendam esse Petro v. g. *ejusre mandato aut Petro vel ei qui id exhibuerit [that it be negotiable]*. Liberatio ab obligatione contractus hoc modo facta convenit cum modo quo quis per consensionem et satisfactionem, &c., se liberat. Si vero Caius creditor Julii ab eo accipit propter debitum syngrapham aut aliud instrumentum a Sylvio confectum, *nomine Julii ei a tergo non inscripto*, hic non liberabitur obligatione debitum solvendi, si pecunia ex instrumento debita soluta non fuerit. Quum enim syngrapha aut aliud instrumentum ex quo pecunia solvenda est aut ipsi creditori vel ad ejus mandatum aut alicui alteri quod aut a debitore confectum est, aut super quod is nomen suum ex transverso aut a tergo ascripserit, traditum est creditori ab eoque acceptum propter debitum; aut quum instrumentum a tertio confectum, &c., et creditori traditum, ab eoque propter debitum acceptum; debitor non absolute obligatione contractus liberatur. Etenim syngrapha &c., hoc modo accepta debitum ex contractu non extinguit, neque æquiparatur consensioni et satisfactioni; sed solummodo jus actionem intendendi suspendit usque ad tempus quo solvenda est pecunia quæ ex instrumento debetur. Pecuniâ solutâ obligatio debitoris dissolvitur; si vero pecunia debita ex syngrapha non solvitur, statim reviviscit prius jus creditoris et is actionem ad prius postulatum [*original demand*] exigendum intendere potest. Quum convenit inter partes ut tempore elapso quo pecunia ex instrumento solvi debet, loco solutionis novum instrumentum conficiatur, actio intendi nequit ad prioris instrumenti executionem exigendam, donec tempus statutum ad executionem posterioris advenerit. Et si pecunia ex posteriore debita soluta fuerit, non potest profecto creditor actionem intendere ad prioris

instrumenti executionem exigendam; sed si convenerit inter partes, ut fenus propter pecuniam ex priore instrumento debitam solvatur, usque ad tempus quo solutio ex posteriore facienda sit, actio ad hoc exigendum ex priore instrumento intendi poterit. Si chirographum quod in solutionem debiti acceperit creditor sit adulterinum, aut signo reipublicæ sufficientis pretii non notatum, aut si cognoverit creditor eos qui seipsos ad pecuniam ex instrumento solvendam obligarunt, tempore quo confectum est nullas facultates habuisse, ideoque id fraudulenter confectum esse, jus creditoris ad actionem intendendam non suspenditur.

216. In quibusdam casibus creditori non permittitur primum postulatum [*the original demand*] exigere, etiamsi pecunia ex instrumento quod propter id acceperit, soluta non fuerit. Sic si instrumentum ex quo pecunia solvenda est Petro vel ad ejus mandatum, aut ei qui id exhibuerit, tradatur propter debitum quod antea extiterit, non poterit creditor actionem intendere ad primum postulatum exigendum, nisi omnem eam diligentiam quæ a lege requiritur adhibuerit ad pecuniam ex chirographo debitam obtinendam. Nemo ex lege tenetur accipere in solutionem debiti aut syngraphas, aut chirographa, aut tesseræ mensarum publicarum [*bank notes*], neque alia instrumenta quibus homines promittunt se certam pecuniæ summam soluturos. Et enim quisque exigere potest ut debitum pecunia reipublicæ probata solvatur. Pecunia probata constat ex auro et argento et ære (a) debite signatis. Aurum signatur impensis reipublicæ, ideoque idem quod massa non signata ejusdem ponderis et puritatis pretium habet. Argentum vero non signatur gratis; nam ex 58 Geo. 3. c. 68. A. D. 1816. lato, quo res nummaria constituta est, lucrum modicum ex argento signato percipit respublica. Æs autem signatum habet pretium duplo majus quam massa non signata (b). Sed nemo ex lege cogi potest accipere æs signatum in solutionem debiti nisi infra summam sex nummorum [*under*

(a) Copper coinage was not issued by the royal authority until the reign of Chas. II. (A. D. 1672), when farthings and halfpence were coined and ordered by royal proclamation to be current in all payments *under sixpence and not otherwise*. By 22 & 23 Vict. the issue of pence and halfpence composed of bronze and mixed metal instead of copper is authorized.

(b) Until the passing of the Act 56 Geo. 3, c. 68 (A. D. 1816), the silver shilling was the standard of money, but by this Act gold was made the principal standard. By this Act the pound weight of silver, which at par would produce about 62 shillings, is coined so as to produce 66 shillings, that is at a profit of about 6 per cent. The copper coinage of pence, halfpence, and farthings was formerly issued from the mint at the rate of £224 per ton, which was more than double its value in an uncoined state. The profit is probably greater now, since by 22 & 23 Vict. c. 30, the issue of pence and halfpence composed of bronze or mixed metal is permitted.

sixpence], neque argentum signatum ultra summam quadraginta schelingorum. Omnis summa hac major auro signato solvi debet. Quanquam autem non tenetur quis tesseras mensarum publicarum in solutionem debiti accipere, attamen non solum privati homines sed etiam aliæ mensæ publicæ debita sua quando summa quinque libras superat, tesseris argentariæ Anglicanæ, et in Hibernia quando summa unam libram superat, tesseris argentariæ Hibernicæ, et in Scotia tesseris argentariæ Scoticæ, ex lege solvere possunt, quamdiu hæ argentariæ pecunias ex tesseris suis debitas auro signato solvunt quodcumque ab eis postulatur. Quum itaque quis debitum suum solvit tesseris mensæ publicæ (exceptis tesseris argentariæ Anglicanæ, Hibernicæ et Scoticæ), non absolvitur a sua obligatione; si enim mensa pecunias ex suis tesseris debitas solvere non possit, creditor solutionem debiti sui iterum exigere poterit. Sed priusquam permittitur ei hoc facere, requiritur ut debitam diligentiam in hoc negotio adhibuerit. Itaque nisi intra tempus rationabile tesseras in usum communem dederit, aut pecunias ex eis debitas apud argentariam exegerit, solutionem sui debiti aut postulati iterum repetere nequit (*a*). Et si ex lege qua reguntur hujusmodi instrumenta ex quibus pecunia solvenda est alicui vel ad ejus mandatum aut ei qui ea exhibent, debitor jure potitur ut instrumentum offeratur ut pecunia ex ea debita solvatur, aut ut sibi rite significetur, si is qui primo loco obligatus est pecuniam ex eo debitam non solverit [*to get due notice of dishonor*]; et si creditor aut is qui instrumentum tenet hæc facere neglexerit, unde debitor non amplius obnoxius est *ex instrumento*, obligatione ipsum debitum aut postulatum solvendi liberatur. Et his præscriptis, secluso dolo aut fraude, debitor in conscientia adhærere potest. Caius debitor Julii ei dedit chirographum [*a promissory note*] quo se obligavit ad 45 libras solvendas, quas die statuto non solvit. Julius postea consensit in compositionem, ut Caius quinos schelings pro singulis libris solveret; ea tamen conditione ut Sylvius Caii frater super syngrapham ex qua debebantur 11 libræ et 5 schelingi a Caio confectam nomen suum ex transverso ascriberet; et ut Julius retineret chirographum, cujus obligatio revivisceret nisi pecunia ex syngrapha tempore statuto solveretur. Hæc autem pecunia soluta non est die statuto, sed die proximo obtulit Caius Julio 12 libras, id est, summam ex syngrapha debitam cum impensis. Julius hanc summam accipere recusavit, et actionem intendit ad pecuniam debitam ex chirographo exigendam. Tribunal tamen declaravit eum litem obtinere non posse, quia antequam Caius obtu-

(a) "But if the creditor take provincial or county bank notes for his debt, and the bankers have failed, he may *return* the notes to the debtor within a reasonable time, instead of presenting them." Chitty, p. 700, n.

lisset 12 libras in satisfactionem pecuniæ ex syngrapha solvendæ et impensarum, hanc solutionem modo debito non exegisset. Iterum si Caius det syngrapham suo creditori Julio, ex qua pecunia solvenda est aut ipsi vel ad ejus mandatum aut ei qui eam exhibuerit, et Julius eam sive ante sive postquam pecunia ex ea debita est amittat, non potest actionem intendere aut ad solutionem ex hac syngrapha exigendam, aut ad summam in cujus satisfactionem syngrapha data est obtinendam; quia si syngrapha pervenerit ad manus alicujus qui eam bona fide habet, is pecuniam ex ea debitam exigere poterit. Nunc vero non solum tribunal æquitatis sed etiam juris com., cautione a Julio interposita ad Caium indemnem servandum, hunc pecuniam ex syngrapha solvere coget. Et si pecunia ex chirographo aut syngrapha solvenda non sit nisi ipsi Julio [*if it be not negotiable*], instrumento amisso, Julius adversus Caium ad summam debitam exigendam jure agere potest.

217. Caius Julio creditori suo in solutionem debiti tradit syngrapham a se confectam super quam Sylvius nomen suum ex transverso ascripsit. Si Julius postquam Sylvius nomen suum ascripserit diem statutum in solutionem mutat, eam suam facit, Caiique obligationem extinguit, et tantummodo actionem Sylvio ad solutionem pecuniæ ex syngrapha debitæ exigendam intendere potest. Quum ipse Julius confecerit syngrapham super quam nomen suum ascripserit Caius, etiamsi ille diem mutaverit, adhuc propter prius debitum actionem Caio intendere potest. Et si Caius recipit a Sylvio procuratore, ejus chirographum aut syngrapham propter sui auctoris Julii debitum, sine Julii consensu, adhuc ei actio ad debitum exigendum competit. Aliter autem esset si quum pecuniam præsentem accipere potuisset, syngrapham Sylvi ejus loco accipere maluisset; tunc enim Julius obligatione debitum solvendi liberatur, cujus doctrinæ exemplum n. 210 protulimus. Quum Caius unus ex sociis qui coierunt societatem quæ pecuniam debet Julio, a societate se disjunxerit, et ceteri socii negotia societatis gerunt, ejusque facultates accipiunt, atque ejus debita soluturos se recipiunt, non continuo liberatur Caius obligatione solvendi Julio, etsi is hanc transactionem cognoverit; sed si Julius consentit ut quod sibi debetur ad rationem quam init cum nova societate transferatur, obligatio Caii tollitur.

218. Quod attinet ad ipsas partes quarum una se obligat alteri per syngrapham aut chirographum, de pretio quod datum est pro instrumento aut omnino aut ex aliqua parte disceptari potest; et is in cujus commodum confectum est, tantummodo justum suum debitum exigere potest. Sed etiam quod attinet ad ipsas partes inter quas jus et obligatio ex syngrapha aut chirographo immediate oritur, de pretio instrumenti disputari non potest, quum

datur in satisfactionem alicujus contractus specialis qui omnino rescissus non est, aut qui prorsus irritus non est propter vim aut fraudem, ita ut exceptio a reo opposita quæstionem de damnis non certis nec determinatis moveret. Non enim permittitur alterutri ex contrahentibus hac ratione se excusare a solutione totius summæ quæ ex instrumento debetur. Sic si Caius vendiderit Julio equum, cautione interposita de ejus sanitate, qui tamen revera morbosus est, et Julius equo accepto, chirographum pro pretio constituto Caio tradit; non potest se excusare a solutione totius summæ ex chirographo debitæ, nisi equum Caio reddiderit contractumque irritum fecerit. Et idem dicendum est si emptor tradiderit chirographum pro pretio mercium quas retinuerit, etiamsi venditor eas secundum exemplum quod ostendit non supeditaverit. Similiter si Caius chirographum dederit Julio pro mercede Sylvio solvenda quia Petrum arte aliqua instituendum acceperit, et instrumentum [*the indenture*] quo puer in disciplinam tradatur signo publico justii pretii impressum non est; non poterit Caius ob hunc defectum seipsum a solutione pecuniæ ex chirographo debitæ excusare, si Julius Petrum in taberna sua retinuerit et recte arte instituerit; quia instrumentum si ei imprimatur signum justii pretii, ratum et legale fieri poterit. Iterum si Caius qui artem aliquam utilem invenit, pactum confecerit cum Julio quo se obligat ut pretio constituto hanc artem ei manifestet; Julius si chirographum pro summa statuta tradiderit, non poterit se a tota summa solvenda excusare, ea causa quod res inventa nullatenus tanti valeat quanti eam Caius valere declaraverit. In his et aliis hujusmodi casibus ubi instrumentum traditur ad adimplendam obligationem contractus non prorsus irriti, et in quibus is qui instrumento obligatus est contendit summam ex eo debitam justo esse majorem, et imminutio pretii non est certa sed a juratis determinanda, totam summam solvere cogetur; sed aliam actionem intendere poterit ad justam imminutionem obtinendam. Caius merces tradidit Julio pecunia non præsentī, et post tempus quo ex conventionē pretium solvi debuit syngrapham dedit ei Julius qua se obligavit ad certam pecuniæ summam solvendam, sed probare non potuit Caius se pretium aliquod [*a consideration*] pro syngrapha dedisse. Actione Julio intenta ad summam ex syngrapha debitam exigendam, declaravit iudex præsumendum esse in circumstantiis expositis syngrapham ad solvendum pretium mercium datam esse, et ideo Julius summam ex ea debitam solvere coactus est. Quum Caius pro mercibus emptis de Julio partem pretii pecunia præsentī solvisset, et pro reliqua parte promississet se daturum chirographum ex quo post duos menses pecunia debita solveretur, sed postea chirogra-

phum dare recusasset, declaratum est Julium actionem ante duos menses intendere non posse ad pretium mercium venditarum et traditarum exigendum, sed intendere posse actionem propter violationem contractus de chirographo tradendo.

219. Jam vidimus solutionem et acceptionem summæ minoris v. g. 50 librarum in solutionem majoris v. g. 100 librarum per se non sufficere ad excusandum debitorem a solutione reliquarum 50 librarum; et insuper si Caius, actione sibi a Julio intenta ad 100 libras exigendas, se excusaret hac causa quod Julius chirographum ex quo 50 libræ debebantur loco totius debiti accepisset, hanc exceptionem non valituram. Sed si syngrapha aut chirographum ex quo pecunia solvenda est certæ personæ, vel ex ejus mandato, aut latori, datum et acceptum sit in solutionem certi debiti, hoc, usque ad tempus quo pecunia ex instrumento debita solvi debet [*during the currency of the bill or note*], aut postquam creditor nomine suo ei a tergo inscripto id alteri tradiderit, *prima facie* probare censebitur debitum solutum esse. Neque necesse est ut debitor probet pecuniam debitam ex instrumento solutam esse, neque ipsum pacto *expresso* in plenam debiti solutionem acceptum esse; neque creditorem circa id negligentiam admississe; neque quidquam aliud commississe quo jus ejus ad primum postulatum recurrendi auferatur (a). Propter eandem rationem quum Caius recipit syngrapham aut chirographum Julii in solutionem summæ quam ei debet Sylvius, et pecunia ex instrumento debita tempore statuto non soluta, actionem Sylvio ad primum debitum exigendum intendit, Caio incumbit necessitas probandi se circa instrumentum negligentiam reum non esse, neque aliam admississe culpam ob quam jus suum actionem intendendi ad primum debitum exigendum auferatur. Ideo quum Sylvius unus est ex iis a quibus instrumentum confectum est, aut qui nomina sua in tergo ejus inscripserunt [*is a party to the bill or note*], in Caium projicitur onus probandi se solutionem pecuniæ ex instrumento debitæ modo consueto postulasse, aut aliquid accidisse ante tempus quo instrumentum præsentari debuerit, propter quod hoc facere non tenebatur; v. g. eum qui pecuniam ex eo debitam solvere debuisset foro cessisse. Et in hoc proximo casu creditor non tenetur debitori indicare ante tempus solvendi, eum a quo solutio fieri debeat foro cessisse, aut solvendo non esse, sed tantummodo hæc manifestare intra tempus rationabile postquam ipsi nota sunt. Si vero debitor non sit unus ex eis a quibus instrumentum confectum est, aut qui

nomina sua in tergo ejus inscripserunt, exigere non potest ut creditor probet instrumentum præsentatum esse ad solutionem postulandam, aut se legitimum [*formal*] habuisse indicium de solutione tempore statuto non facta; et actione intenta ad primum debitum exigendum, non poterit debitor seipsum tueri declarando hæc facta non fuisse, si ipse nullum inde detrimentum passus sit. Et quodcumque syngrapha aut chirographum quod debitor dedit creditori in solutionem debiti, aut signo publico justii pretii impressum non est, aut solvendum est certæ personæ, non vero ex ejus mandato, nec latori [*is not negotiable*], nullatenus necesse est ut creditor probet instrumentum præsentatum esse ad solutionem exigendam, aut indicium debitori datum esse pecuniam ex eo promissam tempore statuto solutam non esse, ut actionem ad primum debitum intendere possit. Et quanquam quum chirographum ab ipso debitore confectum est, aut nomen ejus ex transverso syngraphæ inscriptum est, in quibus casibus ipse aut solus aut primo loco ad solvendum obligatur, necesse non est id ei præsentare ad solutionem postulandam; attamen si creditor actionem ei intendat propter primum debitum, et probeatur instrumentum quod in solutionem debiti datum est, ejusmodi esse ut pecunia ex eo certæ personæ, ex ejusve mandato, aut latori solvi debeat, in judicio [*at the trial*] necesse erit aut id proferre ut ostendatur pecuniam ex eo solutam non esse, neque ipsum alii traditum esse; aut probare amissum esse, pecunia ex eo non soluta; aut adhuc sub potestate petitoris permanere quanquam nunc proferri non possit, puta quia detineatur a procuratoribus peregrinis petitoris, eo quod pecunia ex eo debita tempore statuto soluta non sit [*that it lies protested for dishonour in the hands of the foreign agent of the creditor*].

Articulus Quartus.

De modo quo quis ab executione contractus eximitur per liberationem [a release] aut a creditore aut ab ipsa lege concessam.

220. Liberatio effici potest aut 1^o per actum expressum creditoris; aut 2^o per ipsius legis præscriptum. Quod attinet ad 1^{um} nulla verba specialia necessaria sunt (a); sufficiunt enim quælibet

(a) "Thus an acknowledgment that the party is satisfied; or a covenant not to sue without any limitation as to time amounts to a release. So if creditors agree, by indenture, to give their creditor a letter of license for a certain time and the indenture contain a proviso that, if any creditor should molest the debtor within that time, the debtor should be exonerated from the debt due to such creditor, and that the indenture might be pleaded in bar to such debt; such indenture will operate as a defeasance; and if an action be brought for such

vocabula quibus petitor significat se suum postulatum absolute remittere, aut debitorem obligatione prorsus liberare. Quod attinet ad formam legitimam liberationis, quandoque meris verbis concedi potest, quandoque nonnisi scripto instrumento, et quandoque etiam ut sigillo firmetur necesse est. Potest quis meris verbis liberari obligatione exsequendi contractum sigillo non firmatum, *ante contractus violationem*; neque necesse est ut pro liberatione pretium aliquod datum sit. Sic si Bertha inter quam et Caium existunt sponsalia, eum ante violationem pacti, ab ejus obligatione exoneraverit, Caius actione postea intenta ob violationem contractus excusare se poterit hac causa quod Bertha ipsum obligatione absolverit, sine mentione specialium circumstantiarum, aut pretii quod pro liberatione datum est. Et potest quis liberari meris verbis ab obligatione contractus scripti, etiam ejusmodi qui ex statuto ad fraudes præcavendas necessario scriptis mandari debet. Si contractus sit sigillo firmatus, non potest quis ejus executione exsolvi nisi instrumentum quo liberatur sigillo firmatum sit. Sed potest quis apud tribunal æquitatis ope instrumenti sigillo non muniti se liberare ab executione pactorum quæ in contractu qui sigillo munitus est continentur. Sed quum alteruter ex contrahentibus contractum sive sigillo munitum sive non munitum violaverit, non poterit is se excusare, nisi per instrumentum sigillo munitum, quod in modum conventionis inter partes et satisfactionis operatur. Hæc tamen regula non attingit syngraphas et chirographa, quorum obligatione potest quis sive ante sive post contractus violationem per pactum meris verbis initum liberari. Tollitur quoque obligatio solvendi summam, etiam quæ ex sententia tribunalis quod acta sua in tabulas refert debetur, per instrumentum sigillo munitum.

221. Liberatio potest esse aut generalis aut specialis. Liberatio generalis latissimo sensu accepta expedit eum in cujus gratiam conficitur ex omnibus actionibus quarum causæ extiterunt eo tempore quo confecta est. Non autem potest quis per liberationem quantumvis generalem eximi ob omnibus actionibus quarum causæ postea oriri possunt. Quum existit *debitum in præsentì*, liberatio ab *omnibus actionibus aut postulatis*, ex hoc debito

debt within the time may be pleaded in bar thereof. But a covenant or an agreement even on good consideration *not to sue upon a contract for a limited time*, is not pleadable in bar of an action on such contract. If, however, a covenant not to sue for a limited time, be contained in the same instrument which contains the covenant on which the action is brought, it may be pleaded in bar of such action; provided it appear upon the construction of the whole instrument, that the latter covenant was intended to be qualified by the former." Chitty, p. 706.

exsolvit, quamvis pecunia solvenda non sit [*be not payable*] nisi ad futurum diem. Similiter liberatio generalis, post actionem intentam, non solum ex debito reum exsolvit sed etiam ex damnis et impensis. Sed liberatio, quamvis verbis generalibus exprimatur, a tribunali æquitatis restringetur ad ea quæ ex mente partium et ex circumstantiis apparet eas significare voluisse. Liberatio minus generalis est quum Caius exsolvit Julium ab omni obligatione in aliquo negotio speciali. Hoc facto non potest Caius postea declarare omnia sibi debita et postulata circa hoc negotium soluta non esse, neque actionem ad reliquum exigendum intendere. Sed casu quodam quum Caius et Julius se mutuo sed non absolute liberassent per factum, in quo locus relictus est vacuus ubi postea perscribenda erat summa quam Caius Julio debebat, et post executionem facti summa justo major, Caio inscio, inserta esset, declaratum est liberationem irritam esse. Effectus liberationis talis esse potest ut in jure censeatur nullum unquam debitum inter partes extitisse. Sic quum Caius abalienasset Julio lucra facta ex aliquibus partibus capitis cujusdam societatis [*dividends on the shares*], et pactum in facto abalienationis contineretur, quo declaratum est totum pretium fenoris solutum esse, et Caium ab omni onere quidquam solvendi esse liberum, pronuntiatum est nunquam extitisse debitum inter Caium et Julium in hoc negotio; non ante executionem facti, quia donec hoc actum esset, nullus contractus inter eos extitisset; neque postea, quia per ipsam instrumenti executionem Julius debito liberatus esset. Sed effectus liberationis generalis restringi potest per eam partem facti in qua exponuntur pretium et rationes quibus factum nititur [*the recital*]. Sic in prima parte [*the premises*] facti quo Caius concessit Julio generalem liberationem ab omnibus debitis, expositum est hunc antea pactum esse 40 libras solvere Caio pro possessione quarundam villarum. Postea in ipso instrumento declaratum est Caium hanc summam accepisse, atque in tergo ejus scriptum erat in modum apochæ [*a receipt*] pecuniam esse acceptam. Actione a Caio intenta ad 40 libras exigendas probatum est Julium hanc summam nunquam solvisse, eumque per causam liberationis ab omnibus debitis in facto contentæ, suam obligationem eludere voluisse. Tribunal declaravit hanc generalem liberationem ex expositione in prima parte contenta interpretandam esse; et quia ibi dictum non erat Julium pecuniam solvisse, sed tantummodo hoc facere paratum esse, debitum solvere juste coactus est. In alio casu Caius et Julius quum plures inter se actiones intendissent, pacti sunt ut Julius Caio 150 libras solveret, et ut mutuam liberationem ab omnibus actionibus atque actionum causis et postulatis inter se

exsequerentur; quod ex lege factum est. Attamen declaratum est hanc liberationem ad actiones inter solum Julium et solum Caium restringendam esse, et minime prohibere Caium ab actione proseguenda quod Sylvio simul et Julio intendisset. Non potest quis evitare vim liberationis sigillo munitæ, aut exceptionem ei opponere per conventionem verbis expressam. Itaque quum Caius Julium obligatione chirographi liberasset per factum, sed postea declarasset liberationem Julio petente concessam esse, et eum in modum pretii pro liberatione verbis agnovisse se obligari ad solvendam pecuniam ex chirographo debitam; tribunal judicavit Caium actionem intendere non posse. Liberatio specialis ea est quæ vel omnes causas postulata et debita inter partes existentia non complectitur, vel ad aliquam partem debiti aut postulati restringitur.

222. Nunc videndum est a quo liberatio concedi possit? Quum plures sunt creditores conjuncti sive proprio jure sive ut administratores rerum alienarum, liberatio ab uno ex eis concessa in jure exsolvit debito aut postulato, ita ut nullus alius ex eis actionem ad id vindicandum intendere possit. Insuper quum plures sunt creditores conjuncti, et liberatio excusat eum cujus nomine actionem intendi necesse est, rata est et firma etiam contra omnes alios qui ejus nomine agere tenentur. Sic quum actio a Caio et Julio intenta esset Petro qui eis cautionem de mercibus navi vendendis præbuerat, quam cautionem declaraverunt se accepisse non tantum propriis eorum nominibus, sed etiam nominibus et in commodum istorum omnium quorum merces erant; deinde affirmarunt Sylvium, et Julium unum ex petitoribus aut alterutrum ex his, tempore quo cautio interposita est, et ex eo tempore donec deperditæ sunt, commodum in mercibus habuisse; Petrus se excusabat hac ratione quod unus ex petitoribus nempe Caius ei liberationem pro seipso suoque socio Julio concessisset; et hæc liberatio rata et valida declarata est, non tantum contra Julium, sed etiam contra Sylvium et omnes alios mercium dominos. Ratio hujus judicii est quod alii omnes qui commodum in mercibus habuerunt actionem Petro nisi nominibus Caii et Julii intendere non potuerunt. Si vero Caius qui liberationem Julio concessit habeat socios, et Julius tum ei tum societati aliquid debeat, hæc liberatio prima facie ad privatum ejus debitum spectabit. Et etiamsi Caius liberationem suo sociorumque nomine Julio concedit, si simul sit socius in societate privata, et in publica quæ partibus capitis conjunctis inita est [*a joint stock company*], et si Julius sit utriusque debitor, *liberatio prima facie* privatam societatem non vero publicam attinget. Liberatio data a Caio qui foro cessit rata est, etiamsi data non est nisi post actum

propter quem foro cedere cogitur [*after an act of bankruptcy*]; dummodo concessa sit antequam libellus datur a creditore quo exigit ut debitor deferatur ad tribunal quod rebus hominum hujusmodi administrandis constitutum est; et dummodo Julius qui liberationem accepit ignoraverit Caium actum prædictum admisisse. Pactum rite initum quo Caius se obligat ne actionem Julio intendat ad aliquid exigendum quod ipsi debetur, non efficit ut actio Julio intendi non possit a Caio et Sylvio propter debitum quod iis conjunctim debet. Iterum Caius et Julius socii societatem dissolvebant hac conditione ut Caius ea quæ debebantur societati exigeret, ejusque onera sustineret. At Julius nihilominus qui nullum commodum ex debitis societatis reportare potuit, liberavit Sylvium obligatione solvendi pecuniam quam societati debebat. Sylvius quoque noverat tum dissolutionem societatis, tum pactum de debitis et oneribus inter Caium et Julium initum; quibus probatis liberatio propter fraudem irrita declarata est. Regula etiam generalis est, ut si fiduciarius, aut alius cujus nomine actio non in proprium petitoris sed alterius commodum intenditur, liberationem concedat sine consensu illius in cujus commodum agitur, tribunal talem excusationem rejiciat, et jubeat reum liberationem tradere ut deleatur. Sed si is qui liberationem concedit, commodum ex obligationis executione a qua alter liberatur reportare debet, instrumentum excusationis ratum et validum habebitur, nisi id ex fraude et injustitia concessum esse probetur. Et si Caius qui liberationi a Julio concessæ obsistit re cognita non exigit a tribunali ante causæ cognitionem ut rejiciatur, judex in causa cognoscenda eam pro excusatione rata habere tenetur, quia jura partium respicere tenetur prout in tabulas tribunalis referuntur. Manifestum est tales excusationes non valere in foro conscientiae, si fraude inquinatae sunt.

223. Nunc videndum est cui liberatio concedi debeat ut valeat. Quum plures sunt debitores conjuncti, liberatio uni ex eis concessa exsolvit omnes; aliter enim ceteri cogi possent debitum solvere, quo facto sane ab eo qui liberatus est ipsius portionem exigere possent, et ideo liberatio nihil efficeret. Et eadem regula tenet etiamsi contrahentes non tantum conjunctim sed etiam separatim contractum exsequi teneantur; aut etiamsi Caius, qui in instrumento liberationis non est nominatus, verbis promittit se contractu obligatum permansurum. Sed effectus legalis liberationis quæ uni ex pluribus contrahentibus conjunctis conceditur, per verba expressa ipsius instrumenti limitari et coarctari potest. Sic Caius liberationem concessit Julio Sylvii socio ea conditione ut ne privaretur ullo remedio quo aliunde contra Sylvium haberet, et ut etiam post datam liberationem actionem

contra eos conjunctim intendere posset: actione eis conjunctim intenta Julius excusabat se liberatum esse. Caius vero respondit se actionem eis conjunctim intendisse tantummodo ut debitum Sylvii exigeret; quam responsionem tribunal confirmavit. In casibus hujusmodi (a) tribunal, quantum potest, intentionem partium exsequitur; habet enim instrumentum quo liberatur unus ex pluribus qui conjunctim et separatim ad aliquid obligati sunt, non pro *liberatione*, sed pro *pacto ad actionem non intendendam*, quod non exonerat alios qui et conjunctim cum eo cui conceditur, et separatim obligati sunt.

224. Nunc agendum est de eis casibus quibus debitor obligatione contractum exsequendi liberatur vi ipsius legis. Sic si creditor debitorem suum sive plures debitores qui conjunctim et separatim obligati sunt instituat sive solos sive simul cum aliis sui testamenti executores, eo ipso liberantur obligatione debitum solvendi; quia quoniam vice defuncti funguntur, debitum exigere nequeunt nisi actionem sibimetipsis intendendo. Similiter quum Caius cui Julius pecuniam ex chirographo solvendam debebat hunc sui testamenti executorem instituit, declaratum est debitum condonatum esse, actionemque ad id exigendum intendi non posse ne a Petro quidem cui Julius instrumento in posteriore parte inscripto id tradidit. Si vero Julius fraudulenter aut injuste opportunitate legis usus sit, utique obligatione debitum solvendi in foro conscientiae excusatus non est. Sed Julius debitor Caii non potest se liberare obligatione debitum suum solvendi, instituendo suum creditorem Caium testamenti sui executorem. Talis actus nullum habebit effectum si Caius officium suscipere recuset; et si officio fungatur, suum debitum ante aliorum creditorum debita ejusdem gradus solvere potest; aliter enim esset pejoris conditionis quam alii creditores, quoniam ipse sibimet actionem ad debitum suum exigendum intendere non potest. Similiter si puella suo creditori nubat, nisi pecunia aut alia res

(a) Accipe alium casum: "A release to one of two sureties, who had entered into a joint and several covenant to pay an annuity in default of payment by the grantor, was accompanied by a proviso, that such release should not prejudice the right of the grantee, to enforce payment thereof against the grantor and the other surety, or either of them: it was held, that the proviso restrained the operation of the release, and that the liability of the co-surety was not affected by such release. In these and the like cases, the Courts endeavour to carry out the intention of the parties, by holding the *instrument to be a covenant not to sue, and not a release*; the rule being that the former does not operate to discharge any other person than him with whom it is entered into, and "that therefore it does not exonerate parties who are jointly liable with him." Chitty, p. 712. A deed *inter partes* cannot operate as a release to strangers, although it contain apt words of release." Id. Ibid.

debita seposita sit in proprium uxoris commodum ab ea aut nunc aut post mortem mariti fruenda, maritus a debito liberatur.

Quum Caius, cui Julius aliquid debet ex simplici contractu, accipit cautionem superioris generis, vel hæc nova obligatio loco prioris accipitur, vel est altera obligatio quæ priori addenda est. In priore casu tollitur obligatio ex contractu simplici, qui mergitur in contractu solenniori; dummodo remedium ex contractu solenni æque patet atque id quod ex simplici præsto est. Sic si Caius qui aliquid debet Julio ex contractu simplici, hanc obligationem solennitate facti confirmat, contractus simplex in solenniore mergitur. Si vero Caius et Sylvius chirographum quo conjunctim et separatim obligantur tradiderint Julio; et Caius postea Julio dat vadium mortuum ad idem debitum tutum præstandum, non ideo liberatur Sylvius obligatione quæ ex chirographo oritur; quia remedium ex vadio mortuo, utpote Sylvium non complectens, non æque patet atque illud quod ex chirographo datur. Si vero ex ipso instrumento solenniori, aut ex natura conventionis appareat intentionem partium fuisse ut contractus solemnis contractum simplicem ne extingueret, sed ut existeret tamquam nova et distincta cautio, obligatio ex contractu simplici in obligatione ex solenni minime mergitur. Sic Caius qui debebat pecuniam aliquam Julio, tradidit ei chirographum a se et Sylvio confectum quo se conjunctim et separatim ad pecuniam Julio solvendam obligarunt. Caius qui postea in nova debita inciderat, Julio omnia sua bona in modum novæ cautionis abalienavit, ea conditione ut earum possessione ne privaretur nisi tribus ante diebus ei denunciatum esset. Declaratum est factum non obstande ne Julius actionem Sylvio intenderet, ad pecuniam ex chirographo debitam exigendam. Item quum Caius ejusque sponsor Sylvius chirographum [*a bond*] dedissent Julio argentario pro omnibus pecuniis quas aut jam acceperat Caius aut postea accepturus erat, declaratum est simplicem contractum in solenni non esse demersum, ideoque Julium actionem ex simplici contractu intendere posse ad reliquum exigendum.

225. Quum mutatio gravis momenti facta sit in aliquo instrumento scripto sine consensu ejus qui eo obligatur, is non amplius eo tenebitur, sive hæc mutatio facta est ab altero contrahente sive ab alio: si enim mutatio facta sit ab altero contrahente merito se subjecit suspicioni fraudis pro qua pœnam meretur: si vero facta sit ab alio, hoc fieri non poterat nisi possessor instrumenti aut fraudis aut negligentiae reus esset; et in alterutro casu puniri debet, præsertim quia ex mutatione gravis momenti dubitari potest num instrumentum ipsum idem sit. Sed hoc intercedit discrimen inter mutationem ab ipso contrahente, et ab altero

sine contrahentis cognitione factam, quod quævis mutatio, etiam minimi momenti, ab eo facta qui aliquod commodum ex instrumento percipere debet id irritat; si vero fit ab alio, sine cognitione aut culpa contrahentis, et nullius est momenti, non irritat instrumentum. Prior assertio nullo indiget exemplo; quia declaratum est a jurisperitis (*a*) non solum mutationem nullius momenti, sed etiam mutationem in gratiam ejus qui instrumento obligatur, id irritum reddere, quando altero contrahente inscio, ab eo facta est qui commodum ex instrumento percipere debet, sed mutatio quum fit ab alio et est nullius momenti, contractum non irritat. Sic Caius syngrapham tradidit Julio qua se obligavit ut 100 libras per sex annos portionibus æquis solveret, id est ut daret 16 libras 13 schelingos, et 4 numos die tertio octobris singulis annis donec tota summa *unius libræ* persolveretur. Quidam alius verbum *centum* inseruit ita ut loco unius libræ [*one pound*] centum libræ [*one hundred pounds*] in instrumento scriberentur. Tribunal declaravit hac mutatione, quoniam hic esset sensus manifestus, vim instrumenti minime elisam esse. In aliis casibus declaratum est ex mutatione in re nullius momenti facta ab alio in judicio arbitratorum [*an award*] instrumentum irritum non reddi; et factum ex quo sigillum a puerulo abreptum est ratum et firmum manere. Sed quum Caius contractum cum Julio initum scriptis mandasset, et Sylvius, inscio Caio sigillo ejus eum obsignasset, contractus irritus declaratus est, quia ex contractu simplici in solennem mutatus est. Iterum quum Sylvius Caii proxeneta hujus merces Julio vendidisset, et literis emptionis Julio, et venditionis Caio datis [*bought and sold notes*] contractum perfecisset; et postea rogante Caio, sed Julio inscio clausulam literis venditionis addidisset, declaratum est Julium ad exsequendum contractum obligatum non esse; quia sine literis venditionis contractus probari non potuit. Et ex mutatione contractus fiet irritus etiamsi prima vocabula adhuc legi possunt. Et quando ex inspectione instrumenti apparet in eo mutationes factas esse, aut lituras [*erasures*] existere, ei qui instrumenti executionem exigit necessitas incumbit probandi instrumentum propter has mutationes irritum non reddi.

Plures casus ad liberationem pertinentes ex factis compositionis inter creditores et debitores desumuntur, sed quoniam de compositionibus postea, ubi de restitutione, ex professo agemus, hos casus hic prætermittimus (*b*).

(*a*) Shepherd's Touchstone ap. Chitty, p. 718.

(*b*) Cf. si lubet Chitty, p. 713. et seq.

Articulus Quintus.

Quatenus actio intenta ad contractus executionem exigendam; aut judicium secundum petito rem jam latum ejus obligationem suspendat vel auferat? (another action pending, judgment recovered.)

226. Obligatio contractus suspenditur per actionem jam intentam ad ejus executionem exigendam hoc sensu, quod nova actio, priore non finita, propter eandem omnino causam, eidem personæ et apud idem tribunal intendi non potest. Causa debet esse omnino eadem. Sic Caius qui ex jure delegatus est [*the assignee*] ad res Julii qui foro cesserat administrandas, actionem Petro intendit propter merces quas ei vendiderat Julius. Allegavit Caius promissiones quoque quas Petrus fecerat Julio priusquam hic foro cessit, et rationes initas cum ipso ut rerum Julii administratore. Petrus se excusabat hac causa quod Julius antequam foro cessisset actionem sibi intendisset propter has ipsas promissiones, neque adhuc hanc actionem esse finitam. Sed quoniam Caius non his solis promissionibus innixus agebat, exceptio Petri rejecta est. Deinde necesse est ut utraque actio eidem personæ intendatur. Sic si Caius et Petrus cautionem separatim dederint Julio de debito Sylvii, Petrus actione ipsi intenta ad hoc debitum exigendum, non potest se ipsum ideo excusare quod actio ob eandem omnino causam Caio intenta sit (a). Julius, si Petrus litem quam ei intendit jure non est prosecutus, quam ob rem judicium secundum reum pronuntiatum est [*he has non-prossed the plaintiff*] (b), non potest se defendere contra novam actionem in eadem causa a Petro intentam, quod prior actio nondum decretorie finita sit. Denique actionem intendi necesse est apud idem tribunal, nisi tamen res agatur apud tribunalia superiora Westmonasterii aut Dublinii; quia potest quis se defendere hac causa quod actio propter eandem ipsam rem sibi jam apud aliquod aliud ex his tribunalibus intenta sit. Sed non potest quis se defendere contra actionem sibi intentam, hac ratione, quod actio ob eandem ipsam causam apud tribunal inferius aut apud tribunal nationis exteræ jam sibi intenta sit.

(a) "By 23 & 24 Vict. c. 126, s. 19, it is enacted that the joinder of too many plaintiffs shall not be fatal, but every action may be brought in the names of all the persons, in whom the legal right may be supposed to exist: and by s. 21 it is enacted, that no other action shall be brought against the defendant by any person so joined as plaintiff, in respect of the same cause of action." Chitty, p. 719. n.

(b) In jure Julius dicitur esse *non-prossed*, ex verbis latinis *non prosequitur*.

227. Quum *judicium* jam latum sit in alia actione propter eandem omnino causam ob quam nova actio intenta est causa *transit in rem judicatam*; neque potest creditor, ne ob contractus quidem facto firmati violationem, actionem novam intendere; et si actio intendatur, reus se defendere potest hac ratione quod res jam judicata sit, quia causa actionis mutata est in rem quæ in tabulas publicas relata est [*a matter of record*], et remedium minus efficax in efficaciore mergitur. *Judicium* latum in tribunali comitatus in Anglia, aut a jurisperito qui tanquam *judex* causarum privatarum præsidet ad sessiones magistratuum majores in Hibernia, obstat ne alia actio propter eandem causam intendatur, etiamsi petitor summam debitam minuerit, ut causa jurisdictioni prædictorum tribunalium subjiciatur. Et *judicium* latum de solvendo toto debito contra unum ex duobus debitoribus conjunctis obstat ne actio alteri intendatur. Item quum causa petitoris in prima actione sic concepta est, ut testimonium afferri possit ad ea omnia probanda quæ a reo debentur, et hic nulla exceptione in jure facta, permittit *judicium* contra se pronuntiarî; alia actione intenta ad debita exigenda quæ in priore actione recuperari potuerunt, *præsumetur* contra petito rem se hæc debita ex priore actione recuperasse. Sed si petitor plenam satisfactionem per priorem actionem obtinere non potuit, altera actio in eadem causa intendi potest. Et quanquam *judicium* latum apud tribunal colonicum, aut exteræ nationis, per se non obstat ne altera actio in eadem causa apud nostra tribunalia intendatur, saltem nisi *judicium* sit ultimum a quo appellari non possit in loco ubi pronuntiatum est, attamen si secundum legem colonicæ aut gentis exteræ ei cui jus ad debitum assignatum est permittatur actionem apud istius regionis tribunalia intendere, isque ibi *judicium* pro se obtineat, hoc obstat ne actio apud nostra tribunalia in eadem causa intendatur. Regula generalis de *judiciis* apud tribunalia exterarum gentium hæc est. Actio vi cujus *judicium* pronuntiatum intenditur vel in *rem* vel in *personam*. Dicitur actio in *personam* intendi quum directe fertur in aliquem qui ex contractu vel delicto obligatus est ad aliquid dandum vel permittendum: dicitur esse in *rem* quum directe fertur in *rem* judicatam; v. g. quando attinet ad condemnationem navis factam a tribunali quod rebus maritimis præponitur. Quum actione in *personam* intenta, *judicium* latum est a *judice* gentis exteræ, partibus ad eum legitime adductis, nova actio in nostra republica intendi nequit inter easdem partes ad cognoscendam ipsam causam [*the merits*]; quæ ex factis in lite probatis *dijudicata* est; quia reus proferre debuit coram *judice* extero omnia facta quibus ibi se defendere potuerit. Si autem in ipsa facie *judicii* appareat, ipsam legem

exteram aut aliquam partem actionis justitiæ naturali repugnasse, aut judicem sententiam pronuntiassse ex interpretatione perversa legis nostræ; judicium sic latum nullam vim habebit. Judicium vero tribunalis exteri quum latum est vi actionis in rem, obligat omnes partes, et in omnibus gentibus, quantum attinet ad veritatem factorum in quibus judicium nititur; et etiamsi judicium circa quæstiones juris Anglici versatur, et ex perversa legis interpretatione latum est, in disceptationem apud nostra tribunalia revocari nequit, nisi ex ipsa facie instrumenti appareat judices tribunalis in quo causa cognita est perverse et consulto recusasse juris nostri præscripta cognoscere. Quando judicium a tribunali extero latum vim habet apud nos, actio in nostris tribunalibus intendi potest ad ejus executionem exigendam, etiamsi jam ab eo ad tribunal superioris jurisdictionis apud exteram gentem appellatum est.

228. Quando petitor propter quædam quæ non ad ipsam causam sed ad modum actionis intendendæ attinent [*technical objections*], prohibetur ne probet quantum sibi debeatur, atque ideirco damna tantum nomine tenus obtinet, alteram de eadem causa actionem intendere licet. Sic tres homines qui ex facto conjunctim ad debitum solvendum obligati sunt, syngrapham ex qua solvenda erat summa quæ nonnisi pars debiti erat creditori tradiderunt. Pecunia ex syngrapha debita per sententiam tribunalis obtenta est; et alia actione intenta ad solutionem residui ex facto debiti obtinendam, tres debitores declararunt syngrapham in solutionem et satisfactionem totius debiti *datam* esse. Attamen hæc defensionis ratio exclusa est, quia declaratum non est syngrapham *acceptam* esse in debiti solutionem, aut debitum per eam revera solutum esse. Judicium latum contra unum ex duobus qui conjunctim et separatim ad debitum solvendum obligantur, non obstat ne actio alteri intendatur, nisi summa ex judicio debita soluta sit. Et si actione intenta uni ex pluribus debitoribus qui conjunctim obligati sunt, judicium pro reo pronuntiatum sit, hoc non obstat ne actio ceteris intendatur, nisi ratio judicii eos omnes æque liberet. Quum actione intenta judicium secundum reum latum est, non quia servatæ non sint formæ quædam legitimæ, sed ob argumenta quibus is se defendit [*not on merely technical points but on the merits*], actio nova in eadem causa petitori non competit. Et reus quum actione sibi intenta, compensationem ab altera parte habitam in sui defensionem protulerit, et hæc exceptio fuerit a tribunali rejecta, si petitori ob aliquam rationem nova actio detur, hanc exceptionem rursus proferre non poterit.

Articulus Sextus.

Quatenus arbitrium et arbitrorum judicium (arbitrament and award) obstat ne actio ad contractus executionem exigendam intendatur?

229. De hac materia jam quædam exposuimus in præcæm. ad Tractatum de Justitia nn. 67 et 68. Pauca hic addenda sunt. Quum Caius at Petrus disceptationem de damnis quorum quantitas non est certa [*unliquidated damages*] arbitri judicio permittunt, qui eam sua sententia dirimit, jus actionem intendendi utrique parti aufertur, nisi ob aliquam causam ipsum arbitrium everti possit. Quum Caius actionem Petro intendisset ad exigendam ab eo summam 6,800 librarum, inter eos convenit ut disceptatio ad arbitrium Julii deferretur; qui suo arbitrio declaravit 4,800 libras deducendas esse. Actione intenta a Caio ad summam 6,800 librarum exigendam, declaratum est Petrum ex arbitrio se defendere posse, et 4,800 libras deduci debere. Et quando convenit ut omnes controversiæ inter partes existentes per arbitrium dirimantur, utraque pars tenetur omnia postulata quæ intra limites [*the scope*] arbitrii continentur proferre, neque potest quidquam reservari quod nova actione vindicetur. Caius quum conduxisset Julium in unum annum, mercede quinque librarum in singulas hebdomades statuta, ante anni exitum cum dimisit. Julius vero intra eundem annum actionem Caio intendit dicens se dimissum esse sine justa et rationabili causa, et compensationem pro mercede et pro opera sua et labore postulavit. Causa quæ ante exitum anni incepta est ad arbitrum delata est, qui decrevit dandam esse Julio summam æqualem mercedi quæ ei debebatur ad diem quo actio incepta est. Julius vero nihil speciale postulaverat in compensationem damni quod ex injusta dimissione passus est, et hanc ob causam novam actionem Caio intendit; sed declaratum est judicium arbitri obstat ne ob hanc causam actio intendi posset. Sed quum actio ad *debitum exigendum* intenditur, et judicium arbitri tantum declarat pecuniam debitam esse, et quantitatem debiti æstimat, tale arbitrium non obstat ne actio ad ipsum debitum exigendum intendatur; quia manet obligatio ex priore debito donec summa per arbitrum determinata revera solvatur. Insuper videtur arbitrium non obstat ne actio intendatur, nisi per id postulato petitoris actu satisfiat; aut nisi ex arbitrio satisfactio ante actionem intentam ad contractus executionem exigendam reddenda sit; aut nisi id ipsum quod ex arbitrio in modum satisfactionis reddendum est actione vindi-

cari possit. Si enim id quod ex arbitrio in modum satisfactionis conceditur semper executioni mandandum est [*be at all times executory*], ejusque executio ex mera voluntate partium pendet, nullo modo obstat ne actio ad ipsam controversiam dirimendam intendatur. Quum vero ex arbitrio pecunia certo die solvenda est, ante hunc diem reus exceptionem arbitrii proferre potest, quia petitor hanc summam vi ipsius arbitrii exigere potest; sed post diem statuum hanc exceptionem proferre nequit. Item quum ex arbitrio faciendus est aliquis actus qui circa rem principalem versatur [*a collateral act*], ut chirographum certo die sigillo imprimere; si dies quo consignari debuit jam præterierit, arbitrium non obstat ne actio ad contractus principalis executionem exigendam intendatur, nisi reus excipiat arbitrium jam executioni mandatum esse, aut per ipsum petitem stare quominus executioni mandetur. Et quamvis actio intendi possit propter violationem contractus quo partes se obligabant ut disceptationem judicio arbitrorum permitterent, attamen hic contractus non obstat ne actio ad ipsam disceptationem dirimendam intendatur. Sic quum disceptatum esset de pecunia quam Julius debebat Caio et inter eos convenisset ut rem ad arbitrum deferrent, Caius vero nihilominus actionem intendisset ad ipsum debitum exigendum; declaratum est Julium se excusare non posse ratione contractus de arbitrio initi. Si vero actio intenta innitatur ipso instrumento quo conventio de arbitrio continetur, judex, reo petente, petitem ab actione proseguenda prohibebit, et contractum de arbitrio exsequi jubebit, nisi fraudem ex parte rei existere allegetur, aut nisi agnoscatur hunc quominus rem petitam reddat nullo modo se excusare posse.

230. Quamvis autem contractus quo partes se obligant ut disceptationem ad arbitrium deferant, *per se* non obstat ne actio ad prius postulatum exigendum intendatur; attamen possunt se obligare ut judicium arbitrorum de summa in compensationem damni solvenda; aut de tempore quo solvenda sit, aut de quavis alia re quæ ipsum fundamentum actionis non aufert, sit conditio *præcedens*, qua non determinata nulla actio intendi possit. Si vero talis conventio ipsum fundamentum actionis evertat, non obstat ne actio primo contractu innixa intendatur. Sic inter pacta in instrumento posita quo cautum est de resarciendis damnis ex incendio acceptis, unum erat quo convenit ut si disceptatio aliqua oriretur ad arbitros deferri deberet; neve ulla compensatio fieret, donec quanta esse debeat judicio arbitrorum decerneretur. Quum vero hi qui de damnis resarciendis caverant negarent petitem jus habere ad quidquam ab ipsis exigendum, declaratum est hunc innixum ipso instrumento quo cautum est de

damnis, nullo arbitrorum judicio obtento, actionem intendere posse (a).

Articulus Septimus.

De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus offerendo alteri contrahenti summam sufficientem ad ejus postulatam exsolvendum (tender of debt).

231. Hæc est exceptio quo debitor cavere potest ne actio sibi intendatur propter debitum certum et determinatum, si offerat creditori totam summam debitam antequam actio intenditur ad solutionem exigendam. Reus ad hunc modum se defendendi recurrere nequit nisi id quod ab eo postulatur se habeat ad rationem debitæ pecuniæ, quod aut certum et determinatum est, aut certum ex sua natura reddi potest. Non sufficit, v. g. æstimatio juratorum qua summa solvenda ad damnum reparandum determinatur, quia hæc summa ex sua natura nullatenus certa et determinata est. Attamen sufficit ut ex sua natura certa reddi possit; et ideo, quum Caius actionem Julio intendit ad obtinendum quantum meruit pro opera et labore quem pro eo impenderat, hic excipere potest se obtulisse Caio pretium justum operæ et laboris; quia in hoc casu summa debita est in se determinabilis. Quum de summa debita disputatur inter petitem et reum, nullatenus necesse est ut hic offerat quantum ille exigit, sed necesse est ut debitor offerat totam summam quæ juste debita est; quia creditor nisi tota summa debita ei tradatur, eam accipere minime tenetur. Hinc si

(a) Operæ pretium erit proferre lingua Anglicana judicium quod in quodam casu quo de exceptione arbitrii disceptatum est, summus Baro Lyndhurst pronunciavit:—"The plaintiff's demand is for a debt, and the award is not for the performance of any collateral act, but for the payment of money. The matter therefore for the consideration of the arbitrator was, whether there were any and what debt; the award only ascertains that there is a debt, specifies the amount, and directs the payment; but the money, till paid, is due in respect of the original debt, i. e. for tolls; its character remains the same; nothing is done to vary its nature, or destroy its original quality. Had the demand been of a different description, as for the delivery of goods, and the award had directed a payment of money in satisfaction of the demand, it might have been said that the award had changed the nature of the original demand: that the right to have the goods was gone, and the only right remaining was the substituted right, i. e. the right to have the money: or had the demand been for a debt, and the award had directed not payment in money, but payment in a collateral way, as by delivery of goods, performance of work, &c., it might perhaps have been said that the right to have payment in money was gone; but here the £13 is to be paid for the original demand, i. e. for the tolls; and it is to be paid as that demand was to have been paid, in money." Cf. Chitty, p. 726.

Caius teneatur certa die et loco tradere Julio viginti libras aut duas vaccas, prout hic elegerit, ille tenetur tum pecuniam tum vaccas offerre. Si vero Caius reditum solvere teneatur Julio ad finem spatii cujusque trimestris, et hic reditum oblatum accipere recuset; post alteros tres menses, Caius non tenetur offerre nisi reditum unius trimestris spatii. Item si debitor offerat creditori summam majorem quam quæ debetur, ita tamen ut hic summam ipsam debitam retinere possit, hoc sufficiet: si autem creditor summam ipsam debitam accipere nequeat, v. g. quia ei offertur tessera mensæ publicæ majoris pretii, ex qua debitor postulat ut sibi reddatur quantum pecuniam debitam superet; et si *ob hanc rationem* creditor tesseram accipere recuset, hæc oblatio in jure nullum effectum habebit. Si vero Caius pecunias Julio de diversis rationibus debeat, contra quodlibet ex iis debitis in jure tueri se poterit, si obtulerit pecuniam de ista ratione debitam, dummodo declaraverit quodnam debitum speciale dissolvere velit. Sed quum Caius et Petrus et Paulus summas inæquales debent Julio, et Caius unam summam ei offerat ratione omnium debitorum, nulla facta mentione ullius postulati specialis quod contra debitores habet Julius, hoc non sufficiet ut quisquam ex debitoribus idcirco excusetur, quod summa ab eo debita Julio jam oblata sit.

232. Necesse est insuper ut pecunia debita offeratur antequam actio ad eam exigendam intenditur; sed si pecunia debita oblata non sit, antequam editur mandatum [*the writ*] (a), quo reus aut per se aut per alium apud tribunal se sistere jubetur, is adhuc *specialem exceptionem* proferre potest pecuniam deponendo apud ipsum tribunal, sed impensas hujus specialis exceptionis solvere tenebitur, etiamsi judicium pro eo pronuntiatum fuerit. Quod attinet ad effectum offerendi summam in solutionem debiti, dicendum est debitum non ideo extinguui, neque obligationem solvendi nullo modo tolli. Debitor enim nihilominus debitum adhuc solvere tenebitur quandocumque petetur; quod si recuset actio ad id exigendum ei intendi poterit. Oblata autem solutio obstat ne actio intendatur ad fenus exigendum, aut ad damnorum compensationem obtinendam ob dilatam solutionem post tempus quo summa debita oblata est; et jus confert reo ad impensas actionis a petitore exigendas, si is postquam pecuniam oblatam recusaverit actionem ad eam exigendam intenderit. Sed duo hic observanda sunt. 1. creditorem solutionem offerendo agnoscere tum contractum tum facta quæ ad eam causæ partem attinent a qua propter obla-

(a) Hoc mandatum quod anglice *writ* appellatur est instrumentum scriptum in medium epistolæ, quod nomine et auctoritate regis editur ex tribunali juris rite signatum, et ei qui in jus vocatur inscriptum. Ab eo edito incipit actio.

tam pecuniam debitam se excusat. Hinc quum Caius concessisset Julio certas decimas in decem annos pretio centum librarum constituto a Julio solvendo; et actione intentata a Caio ad hanc summam exigendam Julius se excusaret ea ratione quod summam debitam Caio obtulisset, permissum non est ei probare se per aliquot annos nullos redditus perceperisse. 2. Omnino necesse esse ut summa debita revera offeratur nisi petitor aut explicite aut implicite reum ab ea offerenda excusaverit. Nullomodo sufficit si debitor tantummodo dicit se paratum esse summam debitam solvere, nisi pecuniam obtulerit, aut nisi creditor explicite aut implicite ut hoc ne faciat consenserit. Præterea creditor exigere potest ut debitum solvatur pecunia quæ lege reipublicæ probata est. Sed si Caius qui juxta suam domum stat dicat Julio: centum libras tibi debeo, ibo hancque summam in solutionem tui debiti tibi tradam; Julius vero respondeat noli tibi molestiam dare, quia hanc summam non accipiam, Caius se defendere potest hac ratione quod pecuniam debitam obtulerit (*a*). Iterum quum Caius qui manu tenebat duas tesseræ mensæ publicæ quibus involuti sunt aliquot aurci et schelingi ex quibus effici totam summam Julio debitam affirmabat, ea omnia obtulisset tesseris non apertis, declaratum est pecuniam recte oblatam esse. In alio casu quum Sylvius Petri procurator venisset ad officinam Pauli cui dixit: Petrus tibi debet centum libras, hanc summam habeo in crumena, et veni ut eam tibi tradam; hic vero respondisset se hanc summam non accepturum, declaratum est hanc oblationem sufficere. Sed in his duobus postremis casibus dictum est oblationem non fore sufficientem nisi Caius et Sylvius ipsius summæ debitæ mentionem fecissent. In alio casu debitor dixit creditori: veni ut summam tibi debitam solvam, sed dum manum in crumenam dimisit creditor conclave reliquit; et dominus Tenterden in illud inclinavit ut hanc oblationem non sufficere censeret. Sed hæc opinio decisionibus jam allatis repugnaret, nisi supponatur debitorem summæ debitæ mentionem non fecisse. Et etiamsi hoc non fecerit, si bona fide paratus est totum debitum solvere, lex quæ oblationem irritam facit propter talem subtilitatem justitiæ parum consona est, neque creditor suam opportunitatem ad debitorem vexandum ex hoc juris præscripto juste petere potest. In alio vero casu Caius qui bona sua oppignerarat, tesseram tradidit Julio, ut is ea redimeret, quod fecit pretio soluto. Caius per nuntium fecit Julium certiores se velle bona auferre, et quum cognosset quantum pro iis pecuniam solvisset, se tantundem ei reddere paratum esse.

(*a*) "But it would not do if Caius said, I have got the money, but must go a mile to fetch it." Chitty, p. 733: n.

Julius dixit se bona non possidere, et recusavit indicare ubi inveniri possent. Actione a Caio intenta ad bona exigenda Julius se defendit ea ratione quod pretium quo bona redempta essent sibi oblatum non esset; sed iudices declararunt hoc necesse non esse, quia etiamsi Caius pretium obtulisset, bona non accepisset.

233. In alio casu quum Caius probasset se simul cum amico venisse ad Julium ut pecuniam quam ei debebat solveret, et ejus procuratori indicasse quinque libras solvendas esse, et dixisse se hanc summamolvere paratum esse, sed neque pecuniam neque tesseras produxisset, a iudice declaratum est eum solutionem debiti non ut par erat obtulisse. Sed si debitor bona fide egerit, hæc decisio parum æquitati naturali consona est, neque legis opportunitate juste uti potest creditor ad debitorem vexandum. Idem dicendum est de duobus casibus qui sequuntur. Caius mercator dedit suo ministro Julio decem libras Sylvio in satisfactionem debiti solvendas. Sylvius ad officinam Caii se contulit, et Julius ei dixit Caium sibi dedisse decem libras quas ei in debiti satisfactionem tradere paratus esset. Sylvius declaravit se non minus sexdecim libras accepturum; quapropter Julius decem libras ei non obtulit; et ob hanc causam oblationem non fuisse sufficientem pronuntiatum est. In alio casu Caius jussit Julium septem libras et 12 schelingosolvere Sylvio; Julius dixit se paratum esse hanc summamolvere Sylvio, et simul dixit pecuniam penes Petrum esse, qui aderat manumque misserat in crumenam ut eam Sylvio traderet. Sylvius monuit Petrum ne pecuniam proferret, quia minus octo libras accipere nollet. Ob hanc causam Petrus pecuniam non obtulit; et actione intenta noluit jurare se septem libras et decem schelingos in crumena habuisse, sed juravit se hanc summam habuisse in domo sua ad cujus ostium stabat. Attamen iudices declararunt pecuniam ad solvendum debitum non recte obtam esse.

234. Ut pecunia rite oblata sit necesse est ut nulla adjiciatur conditio quam creditor rationabiliter recusare possit. Sic quamvis Caius, quum pecuniam offert Julio in solutionem totius debiti, jus habet ne hæc summa in satisfactionem partis tantummodo debiti accipiatur, attamen si pecunia offeratur ea conditione ut Julius summam oblatam in satisfactionem totius debiti accipiat, et Julius ob hanc causam pecuniam accipere recuset quia majorem summam ei debitam esse contendit, hæc oblatio irrita et nulla est (a). Sed quum ipse Caius affirmasset summam oblatam

(a) On this principle, "a tender of a quarter's rent, coupled with a demand for a receipt to a particular day,—the contest being whether rent was due for one or two quarters,—was held not to be good. And where the tender was made in these terms:—'I offer you 7*l.* 16*s.* 8*d.*, as the balance of 35*l.*, and I

sufficere ad totum debitum solvendum, neque exegisset ut Julius hoc agnosceret, oblatio rata et valida habita est. Similiter quum Caius pecuniam in satisfactionem debiti ad Julium misisset per literas quibus postulavit ut Julius sibi apocham solutæ pecuniæ per tabellarios publicos proxime revertentes remitteret, oblatio rata habita est. Iterum quum Sylvius has literas dedisset ad Julium per Caium: nisi per eum qui has literas fert viginti sex libras et quinque schelingos ad solvendum unius anni redditum; et Caius dixisset se habere pecuniam ad redditum solvendum; sed eam ideo accipere recusasset Julius quod summa major ei debetur; oblatio rata habita est. In hoc casu neque Caius neque Sylvius postulaverat ut Julius agnosceret hanc pecuniam sufficere ad totam summam Julio debitam solvendam. Quum dubitatur utrum pecunia oblata sit absolute an conditionaliter, ad juratos pertinet controversiam dirimere. Sed quoniam petitor semper exigere potest ut solvatur totum quod ex contractu debeatur, et solutionem tantum partis debiti accipere non tenetur, si probare possit se aliquo tempore dum jus exigendi totum debitum habuit, solutionem postulasse a debitore qui solvere recusavit, non poterit iste actione intenta se defendere hac causa quod summam debitam obtulerit, sive eam obtulerit ante, sive postquam a petitore jure postulata est. Attamen si reus paratus sit totum debitum et impensas quas juste jam fecerit petitor solvere, hic injuste ageret si reum novis expensis vexaret. Quando duo sunt debitores conjuncti, ad hanc exceptionem oblatae solutionis elidendam sufficit probare petitorem pecuniam ab uno ex debitoribus jure postulasse, huncque eam solvere recusasse. Insuper si petitor totam summam quæ ex uno contractu debetur postulaverit, eamque solvere recusaverit reus, etiamsi postea solutione aut alio modo partem summæ debitæ acceperit, et debitor id quod reliquum est ei offerat, actione intenta hic non poterit se defendere hac causa, quod summam debitam creditori obtulerit. Sed injuste faceret creditor si totum debitum cum impensis non acceperet. Si vero tota summa quæ a creditore postulatur ex uno contractu non debeatur, sed ex variis contractibus, aut ex contractu et ex aliqua alia ratione, et debitor pecuniam quanta ex aliquo contractu speciali debetur creditori obtulerit in hujus debiti solutionem, oblatio rata est, ut jam diximus. Sed si creditor etiam in hoc casu non

demand a receipt in full,' it was held to be invalid. But a tender of money *under protest* is not a conditional tender. And if the condition be one to which the creditor has no right to object, e. g. if the condition were 'I will pay the money if you will take it up,' or the like, this will not invalidate the tender." Chitty, pp. 734, 735.

simpliciter totam pecuniam sibi debitam postulaverit, sed insuper mentionem fecerit variarum rationum ex quibus totum debitum oritur, et solutionem unius debiti separatim accipere recusaverit, non poterit debitor se defendere ne a speciali quidem debito in cujus solutionem summam debitam obtulerit. Fundamentum hujus exceptionis hoc est, quod debitor semper paratus fuerit debitum solvere (*a*), quocum stare nequit quod facit quum solutione plurium debitorum juste postulata, tantum unum aut alterum solvere vult. Sed quum Caius actione Julio intenta allegasset se ab eo postulasse decem libras et quinque schelingos ex syngrapha debitas, et Julium hanc pecuniam solvere recusasse; Julius vero se excusasset quod quatuor libras, sex schelingos et quinque nummos Caio obtulisset; et Caius respondisset se *hanc ipsam summam* a Julio frustra postulasse, *priusquam* eam Julius obtulerat; ad quam allegationem firmandam tantum probaverat se postulasse decem libras et quinque schelingos; declaratum est hoc non sufficere ad probandum Caium ipsam summam quatuor librarum, &c., postulasse. Et necesse est ut solutio postuletur ab eo qui jus habet debitum exigendi, et apocham debitori dare potest qua is ne debitum iterum solvat liberabitur. Itaque quamquam debitum rite postulari censetur si a creditoris procuratore litium [*attorney*] petatur eique debitor solvere recuset; non tamen sufficit si pecunia a ministro [*clerk*] procuratoris postuletur. Et si creditor solutionem oblatam ideo recuset quod debito minor sit, non licebit ei postea effectum talis recusationis impedire propter aliquem defectum formæ, v. g. quod ea pecunia oblata non sit quæ a lege reipublicæ probetur. Insuper postquam pecunia a debitore oblata est et a creditore recusata, hic non potest effectum illius recusationis irritum reddere, summam debitam per literas exigendo, sed ipse tenetur debitum exigere, ut debitor possit eam solvere eo tempore quo postulata est; et si debitor domi suæ non sit quando creditor solutionem postulaverit, hic tenetur habita ratione circumstantiarum per tempus rationabile expectare antequam mandatum legale [*the writ*] quo actio incipit emittitur, ut ille solvere possit.

235. Quum actione intenta Caius hanc exceptionem opponit se summam debitam Julio obtulisse qui eam accipere recusaverit, necesse est ut hanc summam apud tribunal deponat [*that the sum tendered be paid into court*]; aliter enim Julius iudicium ad hanc

(a) "The principle of *the plea of tender* is, that the defendant has always been ready,—*toujours prêt*,—to perform, entirely, the contract on which the action is founded; and that he did perform it, as far as he was able, by tendering the requisite money, the plaintiff himself having precluded a perfect performance by refusing to accept it." Chitty, p. 736.

summam exigendam statim a tribunali obtinere potest [*the plaintiff may sign judgment for the amount to which the tender is pleaded*]. Et quum Caius pecuniam apud tribunal deponit, eam exigere potest Julius etiamsi neget hanc summam sibi oblatam esse [*denies the plea of tender*]; sed si pecuniam apud tribunal permanere permiserit, et iudicium contra eum latum fuerit, tribunal eam detinebit in modum cautionis propter impensas quas Caius in actione defendenda fecerit. Quoniam reus quum hac exceptione utitur, expresse fatetur summam oblatam deberi, manifestum est eum non posse aliam exceptionem, v. g. pecuniam non esse debitam, opponere. Itaque si reus *totam* declarationem causæ a petitore factam [*the whole declaration*] denegat, nulla exceptione speciali allata [*pleads the general issue*], aut si se defendit specialibus exceptionibus allatis, non potest excipere adversus aliquam partem declarationis a petitore factam ea de causa, quod summam ex hac parte debitam petitori obtulerit. Itaque si reus denegaturus est contractum aut facta prolata in aliqua speciali parte declarationis [*to deny the contract or facts stated in any particular count*], non poterit quod attinet ad hunc contractum, aut ad facta negata respondere se pecuniam debitam petitori obtulisse. Si reus in causa defendenda declaret certam summam debitam esse, et se hanc summam petitori obtulisse, hæc exceptio valebit, etiamsi ex aliis exceptionibus incertum videtur num fateatur se maiorem summam debere. Satis manifestum est necessarium esse ipsam summam oblatam in hac exceptione definite declarare, et insuper hanc summam ante actionem intentam oblatam esse. Petitori ad hanc exceptionem replicare licet, aut negando pecuniam oblatam esse, aut pecuniam oblatam ad debitum dissolvendum sufficere, aut dicere ei licet pecuniam postulatam et denegatam esse sive antequam sive postquam a debitore oblata est. In causis civilibus quum actione ex pluribus causis diversis intenta iudicium circa quasdam secundum petitorum, circa alias vero secundum reum latum sit, tenetur quisque impensas solvere in eis in quibus contra ipsum latum est iudicium.

Articulus Octavus.

De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus ope statuti quo definitur tempus intra quod actionem ad ejus executionem exigendam intendere necesse est, et quatenus ad hanc exceptionem salva conscientia recurrere liceat?

236. Non hic agimus de titulo præscriptionis, qui solas possessiones immobiles respicit, quia hunc titulum in tractatu de iustitia exposuimus. Ibi etiam n.n. 620, 621, pauca diximus

de tempore intra quod actionem ad res mobiles vindicandas intendere necesse est; sed hæc materia nunc diligenter investiganda est. Quamquam etiam ex jure com. non raro ex lapsu temporis quis se ab executione contractus liberare potest, hoc tamen nititur in hac præsumptione facti, quod contractus executioni mandatus sit; sed lapsus temporis ipse per se juri petitoris nullo modo directe obstat. Itaque fines temporis intra quod actionem ad res mobiles vindicandas intendere necesse est variis statutis constituti sunt. Tempus quidem intra quod possessiones etiam immobiles sive corporales sive incorporales vindicare necesse est, nunc etiam statutis definitur; sed hanc etiam materiam de præscriptione agentes exposuimus. Ex primo statuto quo tempus ad res mobiles vindicandas præfinitur (21 Jac. 1. c. 16) actiones omnes in tribunalibus sive juris sive æquitatis intentæ ad damna aut debita ex contractu simplici provenientia exigenda intra sex annos a tempore quo causâ actionis primum extitisset intendi debebant. Quædam res huic legi non subiciebantur, sed statuto recens lato (19 et 20 Vict. c. 97) hæc distinctio sublata est; et nunc necesse est ut actiones omnino omnes ad contractus simplicis executionem obtinendam, aut ad damna exigenda intra sex annos computandos a tempore quo causa actionis primum orta sit intendantur; nisi petitor legitime impeditus fuerit quominus prius egerit. Quum rationes ex utraque parte inter Caium et Julium extitissent, ex quibus quædam æræ ex alterutra parte minus sex annis debitæ essent, hoc olim ut indicium habitum est, inter illos illo tempore tacite convenisse ut rationes componerentur, et propterea alteruter actionem intra sex annos ab eo tempore ad rationes componendas intendere poterat. Nunc autem ex Stat. cit. (19 et 20 Vict. c. 97, s. 9), non permittitur actionem intendere ad rationes ante sex annos existentes componendas, quamvis quædam ex æris (*items*) ex quibus tota summa confecta est, non nisi intra sex annos debitæ sint. Similiter quando omnis rationes ex una parte existunt, puta inter Caium artificem et Julium qui ejus tabernam frequentat, aut inter Julium et Caium qui diversis temporibus varias pecunias illi mutuas dedit, non poterit Caius actione vindicare ullam partem debiti quæ ante sex annos contracta est, sed tantum eam partem quæ in hoc tempus incidit. Attamen si probetur singulas æras ex quibus tota summa confecta est, ex uno et eodem contractu provenire, et aliquam partem debiti contractam esse, aut solutionem factam intra sex annos, etiam ea pars quæ amplius sex annis debetur exigi poterit. Hæc lex complectitur actiones intentas ad pecuniam ex syngraphis aut chirographis debitam exigendam; aut ad redditus ex contractu simplici debitos requirendos; aut ad multam expe-

tendam quæ debetur ex præscripto quod in diplomatis auctoritate innititur [*actions of debt for a penalty, due under a by-law made by virtue of a charter*]; aut etiam ad pecuniam recuperandam quæ modo consueto apud argentarium deposita est. In hoc enim casu si nulla solutio ratione aut sortis aut feneratoris intra sex annos facta fuerit, is qui pecuniam deposuit ab argentario eam recuperare nequit. Et actione intenta apud aliquod tribunal in Anglia aut in Hibernia, reus ad hanc legem confugere potest, quamquam ipsum debitum contractum est in Scotia aut in aliqua regione externa, ubi lex de qua agimus non viget.

237. Hæc tamen lex quasdam res non attingit; nam minores, mentis non compotes, et mulieres matrimonio junctæ, nisi quod attinet ad ea bona quæ istæ nunc absolute et omnino independentes a maritis possident, (a) actionem intendere possunt intra sex annos computandos a tempore quo minores 21^{um} annum compleverint, aut uxores a potestate viri solutæ fuerint, aut mentis non compotes ad sanitatem redierint. Nulla tamen lege prohibetur ne ad jura ipsorum minorum, uxorum, aut mentis non compotum vindicanda, actio intendatur; hoc enim permittitur etiam dum incapacitate ligantur, eo modo qui in tractatu de justitia expositus est (b); et ipsi intra sex annos postquam ab incapacitate soluti fuerint, jura sua vindicare possunt. Julia uxor Petri et Sylvii administratrix pecuniam quam administrabat marito suo mutuam dedit, cautione de solutione a Caio interposita. Mortuus est maritus pecunia non soluta, sed quamquam plusquam sex anni intercesserant, declaratum est integrum esse Julię actionem Caio intendere quovis tempore intra sex annos a morte sui mariti. Sed omnino necesse est ut inhabilitas tum extiterit quum primum causa actionis orta est; si enim tantum superveniat postquam causa actionis orta est, tempus intra quod actionem intendere necesse est nullatenus protrahitur, quia secundum pronunciatum: *quum tempus legale simul præterire cœperit, nulla subsequens inhabilitas ejus cursui obstat*. Insuper quando plures sunt debitores conjuncti quorum vel unus inhabilitate legali non ligatus est eo tempore quo causa actionis orta est, necesse est ut intra sex annos ab hoc tempore actio intendatur. Quamquam olim res aliter se habuit, videtur alienigenam etiam extra nostram patriam habitantem, apud nostra tribunalia agere non posse ad contractus simplicis executionem exigendam, post lapsum sex annorum a tempore quo causa actionis orta est; neque executorem testamenti civis nostratis qui apud externos mortuus est actionem intendere posse ad jura defuncti vindicanda, nisi

(a) De dominio uxorum cf. supra. n. 66, et seq. (b) Cf. Disp. 24^a §§ v. et vi.

intra sex annos non computandos a tempore quo jus administrationis accepit, sed a tempore quo causa actionis orta est.

238. Quamquam nunc petitor incapacitate legali non censetur ligari eo quod ipse trans mare fuit quum causa actionis orta est, attamen impedimentum est ex parte petitoris si is adversus quem actio competit, tempore quo causa orta est apud externos fuerit. Trans mare autem non esse censetur is qui in Magna Britannia commoratur, aut in Hibernia, aut in aliqua ex insulis quæ circa oras maritimas harum regionum sitæ sunt. Sed quum Caius esset in Indiis orientalibus eo tempore quo causa actionis ei a Julio intendendæ orta est, ibique mansisset per sex annos, declaratum est integrum Julio esse actionem ei intendere quovis tempore intra sex annos postquam in Britanniam aut in Hiberniam reversus est; quamquam per sex annos superiores intra limites tribunalis summi Calcuttensis commoratus est, apud quod Caius ei actionem intendere poterat. Si vero reus revertatur in Britanniam, &c., manseritque paucos tantum dies, etiamsi creditor ejus redditum ignoret, nihilominus actionem intra sex annos a tempore redditus intendere necesse est. Si autem sint plures debitores conjuncti quorum aliqui in Britannia, &c., alii trans mare habitant eo tempore quo causa actionis oritur, necesse est actionem intra sex annos quum debitum ex simplici contractu, et intra viginti quando ex contractu specialiter munito oritur, iis intendere qui in his regnis habitant; et judicio contra hos obtento, actio aliis intendi poterit postquam in hæc regna reversi fuerint. Ex eodem principio quum Caius suscepisset administrationem testamenti Julii qui tum quum causa actionis orta est, et usque ad mortem, in exteris regionibus commoratus est; declaratum est Sylvium actionem illi intendere posse quovis tempore intra sex annos ex quo administrator testamenti constitutus est. Quod attinet ad creditores eorum qui foro cesserunt; vel sex anni jam elapsi sunt post causam actionis ortam, antequam causa per literas juramento firmatas deferretur a creditoribus ad tribunal apud quod res eorum qui foro cesserunt administratur, vel nondum elapsi sunt. Ii creditores quorum causa actionis orta est sex annis antequam causa ad tribunal delata est, nullam portionem exigere possunt ex illius bonis quæ inter creditores distribuuntur. Si vero sex anni a tempore quo causa actionis orta est nondum elapsi sunt quum causa ad tribunal deferretur, creditores quorum debita ita comparata sunt æquam portionem pro ratione debitorum in distributione bonorum exigere possunt, etiamsi sex anni jam lapsi sunt antequam sua debita probaverint. Præterea si judicium jam latum secundum petito rem postea eversum fuerit quia erratum sit in jure, aut si post prohibitam judicii executionem

[*an arrest of judgment being granted*] iudicium ipsum eversum fuerit, ita ut petitor nihil accipiat, novam actionem intendere poterit ipse petitor ejusve heredes aut testamenti executores, aut alii qui ejus vice funguntur intra annum a tempore quo iudicium eversum est, etiamsi sex anni jam elapsi sunt a tempore quo causa actionis orta est. Videtur etiam actionem ad exigenda damna, quum quanta sint incertum est [*unliquidated damages*] præscripto legis de qua agimus excludi.

239. Causam actionis oriri dici nequit donec aliquis existit qui jus actionem intendendi habet. Itaque quum Petrus syngrapham in gratiam Caii confecisset, cui Julius nonnisi post mortem Caii qui intestatus mortuus est, nomen suum ex transverso inscripserat [*accepted*], et Sylvius qui bona Caii administrabat actionem Julio intendisset ad pecuniam ex syngrapha debitam exigendam, declaratum est sex annos elabi non cœpisse donec literæ quibus data est potestas bona defuncti administrandi Sylvio concessæ sunt. In alio vero casu, quum Petrus, cui Julius pecuniam ex contractu simplici debebat, mortuus esset, et Sylvius qui *intra* sex annos a tempore quo causa actionis orta est potestatem ad res Petri administrandas acceperat, actionem Julio nonnisi *post* sex annos intendisset, declaratum est actionem non competere, quanquam Sylvius probavit se actionem intendisse intra tempus *rationabile* postquam facultatem agendi obtinuisset. In alio casu Paulus qui magnam pecuniam debebat Petro mortuus est, sex annis a tempore quo causa actionis orta est nondum elapsis; sed lite exorta de jure res Pauli administrandi nemo executor ejus testamenti constitutus est donec sex anni elapsi sunt ex quo causa actionis extitit. Executore tandem constituto, Petrus actionem ei *intra* tempus *rationabile* intendebat, sed declaratum est actionem non competere. Si autem Petrus actionem ante mortem Pauli intendisset, quæ actio per mortem Pauli irrita facta esset [*was abated*]; tempus *rationabile*, puta unus annus, concederetur Petro ut novam actionem intenderet, etiamsi sex anni ante actionem novam intentam jam elapsi essent. Et quum Paulus cui actio intenta est moritur intestatus, tempus *rationabile* concedetur Petro petitori post facultatem res Pauli administrandi Julio concessam, ad novam actionem huic intendendam quamvis sex anni jam præterierint.

Præscripta statutorum quibus definitum est tempus intra quod actionem intendere necesse est, in Anglia et in Hibernia, non autem in Scotia valent.

At vero quanquam lex actionem denegat post lapsum temporis præfiniti, *quia vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt*, non tamen vult liberare debitorem obligatione debitum suum solvendi,

et ideo in conscientia ad id solvendum certissime obligatur. Insuper nunc ope legis (15 et 16 Vict. c. 76, s. 11) potest petitor jus suum ad actionem intendendam semper conservare, eo modo quo in tractatu de justitia n. 621 exposuimus.

240. Quod attinet ad contractus non simplices sed specialiter munitos, (per 3 et 4 Guliel. 4, c. 42, s. 3) statuitur omnem actionem ad executionem contractus facto aut alio modo specialiter muniti exigendam, aut ad reditum ex facto serratim scisso [*indenture*] repetendum, aut ad pecuniam ex satisfactione [*a recognizance*] persequendam, intendi debere intra viginti annos a tempore quo causa actionis orta est computandos. In hoc statuto eadem observanda sunt de minoribus, quæ supra de contractibus simplicibus agentes exposuimus. Si debitor ejusve procurator instrumento cui nomen ejus subscriptum est agnoverit debitum ex contractu simplici post lapsum sex annorum, aut ex contractu specialiter munito post lapsum viginti annorum a tempore quo causa actionis orta est, aut si aliquid ratione ipsius summæ debitæ aut fœneris solverit, integrum erit creditori actionem intendere ad exigendam totam summam, aut aliquam ejus partem quæ nondum soluta est, intra sex annos, quum agitur de contractu simplici, et intra viginti quum agitur de contractu specialiter munito computandos a tempore quo talis agnitio aut solutio facta fuerit. Si vero creditor tempore agnitionis aut solutionis aliqua inhabilitate legali ligatus est, aut si is qui debitum agnoscit vel aliquid ratione ejus solvit, trans maria habitat, creditor actionem intendere poterit intra sex vel viginti annos prout debitum ex contractu simplici aut solenni oritur, computandos a tempore quo inhabilitas cessaverit, aut debitor ad hæc regna reversus fuerit. Insuper si judicium secundum petito rem latum eversum fuerit, novam actionem intendere poterit intra annum a tempore judicii eversi computandum, ut supra exposuimus (a). Quanquam actiones quæ ad multam exigendam afferuntur [*penal actions*] intendantur necesse est aliquando intra unum annum, aliquando intra duos tresve annos a tempore quo causa actionis posita est, ut in adnotatione ad extremum paginæ exponitur, attamen quum multa exigitur

(a) Quanquam vix pertinet ad materiam de contractibus, non inutile erit hic notare tempus intra quod alias actiones personales intendere necesse est. 1. By 31 Eliz. c. 5, all *suits, and indictments upon penal statutes* where the forfeiture is to the Crown alone, must be commenced within *two years* from the commission of the offence; where the forfeiture is to a common informer alone, within *one year*, and in *qui tam* actions where the forfeiture is to the Crown and a common informer jointly, by the informer within *one year*, and by the Crown within *two years* after the expiration of that year. By 11 & 12 Vict. c. 43, s. 36, all *informations* for offences punishable on summary conviction must be exhibited

ob damnum quod ipse petitor passus est, actio quovis tempore intra sex annos intendi potest.

241. Quoniam tempus intra quod actionem intendere necesse est non necessario incipit a die quo contractus initus est, sed a die quo petitor actionem intendere poterat, quosdam casus ad hanc materiam illustrandum proferemus. Sic si Caius paciscitur se Julio certam pecuniam soluturum post duos menses, aut postquam filia sua Maria nupserit, tempus præfinitum non incipit in priore casu nisi post duos menses a contractu inito, neque in posteriore nisi post matrimonium contractum. Quum Caius debitor Petri ei dedisset syngrapham ex qua pecunia post tres menses solvenda erat, declaratum est tempus computandum esse a tempore quo Caius pecuniam ex syngrapha debitam solvere tenebatur. Iterum Caius pecunia soluta emit censum annuum a quadam societate: censu annuo non soluto Caius post sex annos actionem intendit ad pecuniam solutam exigendam, et declaratum est tempus computandum non esse a tempore quo pecunia soluta est sed ex quo census annuus non est solutus. Similiter quum Caius procurator litium, Julium in aliqua causa defendit, tempus intra quod actio ad impensas in actione factas exigendas intendatur necesse est computandum est aut ex quo causa finita fuerit; aut ex quo Caius indicio rationabili Julio dato, recusare poterit causam ulterius defendere, nisi ille pecuniam necessariam suppeditet. Quum bona proxenetæ [*a factor*] traduntur ut ab eo vendantur, actio ei intendi non poterit eo quod rationem non reddiderit [*for not accounting*], antequam ab eo expostulata fuerit, et ideo tempus præfinitum nonnisi ab hoc tempore effluere incipit. Quum summa aliqua tota partibus persolvenda est, et inter creditorem et debitorem convénit ut si aliqua pars tempore præfixo soluta non fuerit, totum residuum statim exigi possit, tempus computandum est ex quo aliqua pars tempore debito soluta non fuerit. In his casibus quæstio inter ipsos auctores [*principals*] contractus versatur. Si vero quæstio sit inter Caium auctorem contractus ejusque sponsorem [*surety*] Julium, tempus intra quod Julius actionem

within six calendar months from the time when the matter arose, unless the time has for informations in any case been specially determined. By 5 & 6 Vict. c. 97, s. 5, any action brought on account of any thing done under the authority of any *Local or Personal Act of Parliament*, must be instituted within two years after the injury has been suffered; or if the damage has been continuous, either within the time of such continuance or within one year after it has ceased. Cf. Step. p. 575 et in notis. Actions of trespass for menace, assault, battery, wounding, and imprisonment must be brought within four years, and actions on the case for verbal slander within two; unless the plaintiff labour under any legal disability.

Caio intendere potest tum incipit quum ille primam solutionem pro Caio facit. Si vero duo sunt sponsores conjuncti, v.g. Julius et Sylvius, tempus quantum ad ipsos attinet effluere non incipit donec alter majorem debiti partem solvat quam pro rata oportet. Quum Caius aut expresse, aut tacite, quod pendet ex natura negotii, spondet se Julium *indemnem* redditurum, tempus effluere non prius incipit quam Julius revera damnum patitur. Syngraphæ a Caio confectæ qua se obligavit ad centum libras debitas Sylvio solvendas, nomen suum ex transverso inscripsit Julius. Pecunia ex syngrapha solvi debebat post tres menses a die quo confecta est; sed Sylvius, quia putabat Caium qui re vera pecuniam debebat, summam ex syngrapha debitam soluturum, ipse eam non die quo debita est, sed post aliquod tempus solvit. Actione intenta a Sylvio ad compensationem obtinendam, declaratum est eum rem prosequi posse intra sex annos non numeratos a tempore quo solutio fieri debebat, sed a tempore quo pecunia soluta est damnumque ipse accepit. Quum Caius de Julio conducit aliquod opus perficiendum, tempus computandum est a die quo opus perfectum est. Quum merces a Caio emisset Julius pro quibus pretium solvendum erat post sex menses per syngrapham ex qua pecunia post duos vel tres menses ad arbitrium emptoris debebatur; declaratum est solutionem pecunia præsentī ante novem menses faciendam non esse. Quum pecunia ex syngrapha aut chirographo solvi debet intra mensem postquam ei qui ad solvendum obligatus est præsentatum fuerit [*one month after sight*], aut postquam solutio postulata fuerit, tempus computandum non est a die qui in ipso instrumento adscriptus est, sed a die quo præsentatum fuerit, aut solutio postulata. Si vero solutio ex chirographo facienda sit quandocumque postulata fuerit [*on demand*]; necessarium non est *expresse* eam postulare, et tempus computandum est a die qui in ipso instrumento adscriptus est. Quod attinet ad syngrapham qua Caius v. g. per literas postulat, ut Julius post duos menses centum libras Sylvio aut ex ejus mandato solvat, Julius quamvis debitor sit Caii, nullo jure obligatur ad instrumento subscribendum [*to accept the bill*], namque debitum alio modoolvere potest. Si vero recusat, Sylvius scit eam esse irritam quantum ad Julium attinet; et ideo sine mora duorum mensium quum indicaverit Caio Julium nomen suum subscribere recusasse, statim pecuniam ex ea debitam a Caio exigere poterit. Tempus itaque a lege præfinitum tum elabi incipit quum Julius nomen suum subscribere recusat. Et res ita se habet etiamsi Caius habitet apud exteram gentem, et Julius apud nostram aut vice versa; [*i. e. when it is a foreign bill of exchange*]. Si vero Sylvius syngrapham nomine suo ei a tergo inscripto tradit Petro [*the indorsee*],

tempus quod attinet ad Caium confectorem [*the drawer*] et Petrum elabi incipit a tempore quo instrumentum datum est. Quum Caius Julii debitor promittit se debitum jam ante sex annos contractum soluturum quamprimum poterit, tempus computandum est ex quo Caius debitum solvere potest, non vero ex quo hoc Julius cognoscit. Iterum quum Caius cui Julius domum aut agros locaverat de anno in annum tenendos, hos nullo indicio Julio dato non occupasset per sex annos; actione intenta ad redditum exigendum, declaratum esse lapsum temporis obstare ne hæc actio competeret. Insuper si Caius de Julio domum ædificandam conduxerit, neque opus perfecerit, et ad actionem evitandam promittat se centum libras Julio soluturum, quam summam hic in compensationem damnorum accipere consentit; hæc conventio causam actionis non auferet donec pecunia soluta fuerit. Si pecunia soluta non fuerit, tempus contra Julium elabi incipit, a tempore quo causa actionis primum orta est.

242. Ratio secundum jus nostrum ob quam actio ex contractu violato intendi potest, *est ipsius contractus violatio*, non damnum quod postea ex contractus violatione accipitur; et ideo tempus effluere incipit non quum petitor damnum accipit, sed quum reus contractum violat. Convenit inter Caium et Julium ut ille triticum vernum huic traderet; at triticum æstivum tradidit. Julius bona fide vendidit triticum ut vernum Sylvio, qui veritate comperta, actionem Julio intendit, eumque summam pecuniæ in compensationem damnorum solvere coegit. Hoc facto Julius actionem Caio intendebat propter speciale damnum quod ex actione Sylvii passus est. Declaratum autem est quanquam speciale damnum intra sex annos evenisset, attamen quia sex anni ex quo tempore contractus violatus esset jam effluxissent, actionem etiam ob speciale damnum intendi non posse. Iterum Julius ob gravem negligentiam Caii litium procuratoris damnum passus est; sed Caius negotium susceperat, atque negligentiam ex qua damnum accepit Julius admiserat, sex annis antequam actio intenta est; et quanquam hæc omnia ignorabat Julius, et actionem intenderat intra sex annos ex quo damnum suum cognoscebat, declaratum est tempus computandum esse ex quo Caius negligentiae reus erat, non vero ex quo Julius hoc cognoverat. Sed manifestum est Caium in his casibus coram Deo et in foro conscientiae damna quæ passus est Julius resarcire debuisse. Suppono in secundo casu litum procuratorem culpæ gravis theologicæ reum fuisse, quia promiserat se percontaturum utrum certa pecunia fide publica nominibus quarundam personarum collocata esset necne, quod facere neglexerat. Ex his casibus colligunt jurisperiti lapsum sex annorum obstare ne actio intendatur, etiamsi per totum

hoc intervallum petitor rem accidisse quæ est causa actionis ignoraverit, et ex fraude factum sit, ut eam ignoret (a).

243. Jam diximus ex statuto quo tempus definitum est intra quod actionem ad debitum exigendum intendi necesse est, debitum ne in foro quidem civili extinguere, ideoque debitorem sine ullo novo pretio, se obnoxium actioni ad exigendum debitum etiam ante sex annos contractum reddere posse scripto instrumento cui nomen ejus subsignatum est, aut solvendo aliquid intra sex annos ratione sive sortis sive fenoris. Sed ubi sunt duo aut plures contrahentes conjuncti, aut exsecutores testamenti, aut administratores, nullus ex eis obnoxius redditur ad contractum exsequendum, eo quod aliquis ex eis post sex annos hanc obligationem susceperit. Si vero aliquis ex ceteris contrahentibus conjunctis se postea obnoxium modo exposito effecerit, actio etiam adversus hunc petitori competit, neque ideo is prohibetur quia actionem quibusdam ex contrahentibus, &c., conjunctis jam intenderit, ne ceteris qui vi alicujus novæ agnitionis, aut quia aliquid ratione aut sortis, aut fenoris intra sex annos solverint, sese debito solvendo obnoxias reddiderint, novam actionem intendat. Quum vero reus a præsentī actione se defendit hac ratione quod alii sint debitores qui cum eo conjungi debent [*pleads in abatement*], quibus tamen actio intendi nequit renitente præscripto hujus statuti, lite inita de hoc puncto judicium contra reum pronuntiari jubetur. Et quamvis solutio sive sortis causa sive fenoris intra sex annos facta jus dat petitori actionem intendendi, attamen ut probetur talem solutionem factam esse, non sufficiet scriptura quælibet ab eo subscripta cui solutio facta est (b). Quum reus se defendit hac ratione quod petitor ei aliquid debeat, propter quod aut nihil omnino aut minus saltem quam petit huic adjudicandum sit [*a set off*], hujusmodi debitum præscripto statuti de quo agimus continetur.

(a) "It is no answer,—either by way of *equitable* defence or otherwise,—to an action *ex delicto*, that by means of fraud practised by the defendant, the plaintiff was prevented from discovering his cause of action within six years." Chitty, p. 752, n. "In the case of a bond conditioned for the performance of a series of acts at stated times, though there may have been a forfeiture by reason of the non-performance of the first act of the series; yet if default be made in the performance of subsequent acts, a new cause of action arises on each default, and the statute runs from that." Id. *ibid*.

(b) "No indorsement or memorandum of any payment written or made upon any promissory note, bill of exchange, or other writing, *by or on behalf of the party to whom such payment shall have been made*, shall be deemed sufficient proof of such payment, so as to take the case out of the operation of the statute." 9 Geo. 4, c. 14, s. 3. (Lord Tenterden's Act). "The statute did not intend to make any alteration in the legal construction to be put upon acknowledgments

244. Præcipua difficultas est determinandi qualis agnitio sufficiat, ut sex annis elapsis postquam causa actionis exorta est, actio ad contractus executionem exigendam, aut ad debitum vindicandum adhuc intendi possit. Principium quo nititur hæc materia de promissione solvendi hoc est: ut debitor scripto instrumento cui suum nomen subscripserit aut *expresse* promittat se debitum soluturum; aut ut agnoscat debitum ita distincte et absolute, ut *promissio solvendi quando id exegerit creditor inde rationabiliter deduci possit*. Neque ideo minus absolute agnoscitur debitum quia debitor rogat creditorem ut concedat sibi aliquod tempus ad debitum solvendum. Et quum Caius *absolute* agnoscit se Julio aliquid debere, hoc sufficiet etsi *quantum* debeat non fatetur, et etiamsi inter eos de summa ipsa debita non conveniat; quia tunc testimonium extrinsecus petatum ad probandum quantum debeatur apud tribunal producere licebit. Declaratum est insuper quum causa hominis qui foro cesserit apud iudicem huiusmodi rebus præpositum cognoscitur, et debitum ante sex annos contractum in indicem eorum quæ ab ipso debentur relatum est, hoc idcirco eximi ex præscripto huius statuti. Sed quum Caius qui debita sua plene solvere non potuit, creditores suos convocasset ad compositionem faciendam, et pecuniam Julio ante sex annos debitam inter sua debita retulisset, declaratum est hoc non sufficere ad præscriptum statuti evitandum. Sed quanquam quum debitor explicite et absolute debitum agnoscit, *promissio debitum solvendi* merito ex interpretatione legis infertur, attamen hæc interpretatio fieri nequit contra expressam ipsius debitoris declarationem. Sic Caius propter debitum comprehensus hæc scripsit: scio me hanc pecuniam debere, sed quoniam ex quo mihi credita est plusquam sex anni elapsi sunt, nunquam eam solvam. Actione intentata declaratum est hanc agnitionem non sufficere. Similiter ex agnitione absoluta debiti cum promissione conditionata explicata debitum solvendi, *promissio absoluta* debitum solvendi deduci nequit. Itaque si Caius hæc scriberet ad Julium de pecunia ante sex annos accepta: tibi debeo centum libras quas solvam quamprimum potero, Julius non posset actionem intendere ad debitum exigendum donec probaret Caium id solvere posse. Quum Caius dat Julio syngrapham aut chirographum ad solven-

or promises made by defendants; but merely to require a different mode of proof, substituting the certain evidence of a writing, signed by the party chargeable, for the insecure and precarious testimony to be derived from the memory of witnesses. To inquire, therefore, whether, in a given case the written document amounts to an acknowledgment or promise, is no other inquiry than whether the same words if proved, before the statute, would have had this effect." Tindal, C. J. ap. Chitty, p. 75.

dum debitum ante sex annos contractum, utique ipsum debitum agnoscit, seque id soluturum promittit. Sed si syngrapha aut chirographum non daretur ut satisfaceret ipsi debito ante sex annos contracto, sed vice alius syngraphæ aut chirographi quod in satisfactionem debiti datum erat, hoc non sufficeret ad ipsum debitum renovandum, et creditor tantummodo actionem intendere posset ad executionem ipsius instrumenti exigendam. Præterea etsi debitor per scriptum quaecumque a se subscriptum *prima facie* censetur debitum absolute agnoscere, attamen si probetur instrumentum ob alium finem confectum esse, promissio solvendi inde inferri nequit.

245. Quoniam agnitio debiti debet esse clara et absoluta, ut promissio solvendi inde inferri possit, operæ pretium erit unum aut alterum casum proferre, ubi agnitionem non sufficere a tribunalibus declaratum est. Caius qui contraxerat debitum ante sex annos, scripsit ad suum creditorum Julium se eam rationem habere eorum quæ Julius aliique creditores ab eo postulant, quæ hominem probum deceat et se intendere hæc postulata solvere: attamen sibi opus esse temporis ad res suas ordinandas, et si actio intenderetur conatus suos fore irritos: se paratum esse omnia facere ut satisfaceret Caio ceterisque suis creditoribus; se jam dedisse per factum omnes fere suas facultates creditoribus: et si in carcerem conjiceretur creditores ne unum quidem nummulum accepturos. Accipe alium casum: scripsit Caius ad Julium: si quid tibi debeam, aut si quid a me postules rationem ejus ad me remitte, et si justa sit non committam, ut in jus me adducere cogaris. In alio casu Caius in suis literis ad Julium datis agnovit debitum, sed addidit se hoc facere sine præjudicio. Et quum in alia re Julius declarasset se nolle se defendere ope statuti de quo agimus, declaratum est hanc agnitionem non sufficere (a). Insuper declaratum est mandatum [*a direction*] de debito solvendo, aut legatum in testamento in modum fidei commissi constitutum quo testator jubet fiduciarium debita sua solvere, non effecturum ne statutum vim suam habeat, aut ut debitum sex annis ante mortem testatoris contractum exigi possit. Similiter

(a) Claritatis causa quosdam casus anglice proferam. Caius who had contracted a debt to Julius more than six years previously, wrote thus to Sylvius, the agent of Julius: "I will not fail to meet the plaintiff (Julius) on fair terms, and have now a hope that, before perhaps a week from this date, I shall have it in my power to pay him, at all events, a portion of the debt, when we shall settle about the liquidation of the balance." In alio casu declaratum est: "That a debt bearing interest is not taken out of the statute, by an agreement, signed by the debtor, to charge his estate with a sum corresponding in amount with such debt, together with interest from the date of the engagement."

quum Caius ipsum postulatum [*the original claim*] agnovisset, sed tum quum agnovit negasset se ad solvendum obligatum esse, quia debitum jam solutum esset, aut quia Julius sibi tantundem deberet, aut quia sex anni ex quo debitum contractum est jam præterissent; declaratum est hujusmodi agnitionem non sufficere. Ex eodem principio si quis debitum agnoscat, hoc contra statutum non valebit, quum debitor simul affert quæ *quovis tempore* ipsum a solvendo excusare debent, etiamsi talis ratio sit in se omnino inefficax. Similiter quum Caius contractum cum Julio initum violasset, et Julius per sex annos nullam actionem ei intendisset; postea vero Caius agnovisset se contractum violasse, declaratum est hanc agnitionem esse inefficacem. Neque sufficit agnitio facta *post* actionem intentam ad hanc actionem sustinendam, sed necessarium erit novam intendere.

246. Jam diximus promissionem conditionalem, aut nonnisi post certum tempus, solvendi debitum ante sex annos contractum non ligare debitorem, nisi a creditore probetur conditionem impletam esse aut tempus elapsum. Julius et Sylvius chirographum confecerunt quo conjunctim et separatim se obligabant ad pecuniam ex eo debitam solvendam, cui nomen suum subscripsit Sylvius ut sponsor Julii. Hoc mortuo Caius possessor chirographi pecuniam ex eo debitam a Sylvio postulavit, qui rogavit Caium ut solutionem ab exsecutrice testamenti Julii repeteret, et simul scripsit: Se collaturum ad supplendum quantum ex parte exsecutricis deesset [*that what she should be short he would assist to make up*]. Solutio ab exsecutrice postulata est, sed ipsa nihil solvit; quam ab causam declaratum est Sylvium, post lapsum temporis rationabilis intra quod solutio ab exsecutrice fieri posset, obligatum esse ad pecuniam ex chirographo debitam solvendam, quantum plus quam sex anni ex quo confecta est effluxissent. Quum disputatur utrum instrumentum contineat promissionem solvendi debitum ante sex annos contractum necne, ad judicem pertinet litem dirimere. Si in instrumento ipso adscriptus non est dies quo confectum est, diem per testimonium viva voce datum probare licet. Et si ipsum instrumentum deperditum sit, creditori permittitur testimonium viva voce datum, ad ea quæ in eo continebantur probanda adducere. Necesse est ut instrumento subscribatur nomen debitoris aut ab ipso, aut a procuratore ad debitum agnoscendum legitime deputato. Si totum instrumentum manu debitoris scriptum sit, sufficit si ejus nomen in initio instrumenti scribatur. Jam diximus actionem intendi non posse duobus aut pluribus debitoribus conjunctis, si unus tantummodo ex iis debitum ante sex annos contractum agnoverit, sed intendi debere ei vel eis tantummodo qui se obligaverint ad debitum solvendum.

Sic Caius, unus ex duobus debitoribus conjunctis, scriptis promiserat, se suam soluturum portionem debiti ante sex annos contracti quando a se postularetur. Sylvius creditor actionem utrique intendebat, sed declaratum est eam ne contra Caium quidem competere, quia hæc actio in ipso debito necessario nisa est. Alia vero actione Caio intenta propter promissionem conditionalem, quum promississet se pro rata parte soluturum quando a se postularetur, declaratum est eum ad hanc partem solvendam teneri, etsi quanta ea esset in instrumento declaratum non est. Sufficit etiam agnitio scripta minoris, ut is debita ante sex annos contracta solvere cogatur, modo tamen ea pro rebus necessariis contracta fuerint. Antequam lege statueretur ut agnitio debiti ante sex annos contracti, scriptis mandari debeat (9 Geo. 4. c. 14), nullo modo necessarium erat ut agnitio coram ipso debitore fieret; si enim facta esset cuilibet alteri, hoc sufficeret. Sic Caius qui amplius sex annis pecuniam Julio debebat se excusavit a debito solvendo propter lapsum temporis. Sylvius autem alter Caii creditor juravit hunc sibi solutionem proprii sui debiti petenti dixisse: tu me vis debitum tibi solvere, sed prius me quod Julio debeo solvere oportet, et postea quod tibi debeo solvam. Quum probatum esset hanc agnitionem intra sex annos ante actionem intentam factam esse Caius debitum Julio solvere coactus est. Postquam statutum citatum latum est, quidam jurisperiti docebant agnitionem ipsi creditori fieri debere; sed quum a summo iudice Tyndal pronuntiatum sit per hoc statutum legem non mutatam esse, sed id tantum sancitum esse ut testimonium scriptum ad agnitionem probandam requireretur, dicendum videtur agnitionem cuivis alteri legitime factam sufficere. Illud quoque disputatur, utrum quum Caius chirographum [*a promissory note*] ex qua certa pecunia Julio solvenda est ante sex annos confecerit sed postea agnoverit Julio suam obligationem pecuniam ex chirographo solvendi, hoc sufficiat ut Sylvius qui juste id possideat actionem illi intendere possit ad solutionem exigendam (a). Caius et Julius quum plura debita inter se mutuo contraxerint, et quædam ex iis quæ debet Julius ante sex annos accepta sint, rationes componere

(a) "It is likewise a *rexata quæstio*, whether an acknowledgment in writing, given by the *maker* to the *payee* of a promissory note, can be made available to defeat the statute, in an action by a *subsequent* party to the note. But it is clear that an acknowledgment by the *acceptor* of a bill of exchange, within six years, of his liability on the bill to the *payee* thereof, but accompanied with a declaration that he was not liable to the *drawer*, there being no consideration for the acceptance, would not be sufficient to take the case out of the statute, in an action by the latter against the acceptor; for the admission could not enure to the benefit of a party whose claim the defendant denied." Chitty, p. 762.

instituunt, et ad rationes adæquandas convenit ut certa summa a Julio solvatur. Julius in hoc consentire censetur ut sua postulata iis pecuniis quas ipse plus sex annos Caio debet compensentur, novumque pretium [*a new consideration*] pro reliquo Caio solvendo accipere reputatur, et ideo hoc solvere cogetur (a). Si vero non fuerint debita mutua sed omnia debeantur a Julio, quamquam rationes computaverint et de summa debita censenserint, quum quædam æra ante sex annos accepta sunt, actio intendi nequit ad rationes compositas [*a settled account*] exigendas, et ideo hæc rationum computatio non sufficit ut ea pars debiti quæ ante sex annos contracta est actione vindicari possit. Manifestum est hæc legis præscripta, quatenus recusant actionem propter merum lapsum certi temporis, minime eo spectare ut quis a justis suis debitis solvendis excusetur.

247. Quævis solutio ratione aut ipsius summæ debitæ aut fenoris ex ea provenientis facta aut ipsi creditori, aut ejus procuratori, sufficit ad jus creditoris conservandum, ita ut actionem ad residuum exigendum intra sex annos intendere possit. Sed ut solutio hunc habeat effectum, necesse est probare aut scriptis, aut verbis, aut factis solutionem factam esse in satisfactionem debiti ante sex annos contracti. Sufficit si debitor aut scriptis etiam nomine suo non subscripto, aut verbis agnoscat solutionem in satisfactionem debiti ante sex annos contracti factam esse. Si Caius qui duas summas debet Julio, quarum unam ante sex annos, alteram intra hoc tempus accepit, pecuniam huic solvat, neque dicat utrum debitum dissolvere velit, *prima facie* censebitur solutio facta esse in satisfactionem posterioris debiti. Hoc autem supponit Caium utrumque debitum agnoscere: si enim prius debitum etsi ante sex annos contractum, sit certum et confessum, et si de secundo disceptetur, nisi contrarium probetur, pecuniam in satisfactionem prioris debiti solutam esse declarabitur. Quum utrumque debitum est certum, declaratio a debitore facta *tempore solvendi* determinabit utrum ex duobus dissolvatur. Si vero debitor nihil dicat tempore solvendi, sed postea *verbis* declaret se pecuniam dedisse in solutionem debiti ante sex annos contracti, hoc sufficiet ad jus creditoris renovandum; et si declaret se voluisse dissolvere debitum intra sex annos contractum, hoc *per se* non sufficiet ad eum excusandum; quia si constet ex circumstantiis ipsam solutionem comitantibus, pecuniam datam esse ad

(a) Hæc sententia etiam alia ratione sustinetur: "Where there are accounts with items on both sides, the going through them, and striking a balance, converts the set off into a payment, so as to take the debt out of the statute." Id. p. 765.

dissolvendum debitum ante sex annos contractum, si v.g. creditor debitore annuente, pecuniam ad solvendum aut minuendum debitum ante sex annos contractum adhibuerit, solutionem ad hoc debitum solvendum factam esse declarabitur. Quum disceptatur ad quodnam debitum dissolvendum pecunia data sit, ad juratos pertinet controversiam dirimere.

248. Etsi vero ex circumstantis inferri possit pecuniam aliquam in solutionem debiti ante sex annos contracti datam esse, non ideo obligabitur debitor ad residuum solvendum, nisi juratis appareat eum aut explicite aut implicite voluisse se obligare ad residuum solvendum. Itaque quum Caius pecuniam aliquam in solutionem debiti ante sex annos contracti dedisset Julio, et hic actionem intendisset ad residuum exigendum, judices declararunt actionem dari non posse, quia Caius solutionem in satisfactionem plenam totius debiti fecisset. Iterum Caius quum solutionem debiti ante sex annos contracti Julius postulasset, unam libram solvit, et simul dixit se quidem pecuniam debere, sed eam non soluturum; in quo casu judex juratos monuit ad ipsos pertinere declarare utrum Caius serio voluisset solutionem recusare, an hæc verba per jocum dixisset. Si convenit ut Caius creditor merces accipiat in solutionem partis debiti quod ante sex annos contractum est, et si Julius debitor merces tradit easque accipit Caius, hic actionem intendere poterit ad reliquum exigendum. Similiter si Julius syngrapham [*a bill of exchange*] tradit Caio in solutionem partis debiti, unde is implicite promittere censetur se reliquum soluturum, sive soluta fuerit pecunia ex syngrapha sive non fuerit, Caius ipsum debitum, aut id quod reliquum est, exigere poterit intra sex annos a tempore traditæ syngraphæ computandos.

249. Quum totum debitum constat ex sorte et fenore, quævis solutio fenoris causa facta, sive ab ipso debitore, sive ab ejus procuratore, efficit ut tum sors tum fenus intra sex annos a tempore ultimæ solutionis computandos exigi possit. Caius chirographum Julio tradidit, ex quo pecunia quum postularetur solvenda erat, sed per sex annos nihil solutum est. Postea Caius aliquid ratione fenoris solvit; et quamvis id non postulaverat Julius, attamen declaratum est hoc sufficere ut Julius actionem ad totam summam exigendam intendere posset. Bertha mulier innupta chirographum accepit, ex quo pecunia debita ipsi cum fenore solvenda erat a Julio. Sylvius postea Bertham duxit, quæ prior quam maritus suus obiit. Julius intra sex annos fenus non Berthæ solverat sed Sylvio; et actione intenta declaratum est solutionem factam esse Sylvio tanquam suæ uxoris procuratori, et ideo hunc actionem intendere posse ad debitum exigendum. Iterum Caius bonorum Julii defuncti administrator, fenus solu-

tum ratione pecuniæ ex chirographo debitæ accepit a Petro. Hic postea comperit Caium contra præscripta legis neglexisse literas administrationis obtinere in diœcesi ubi chirographum quod erat *bonum notabile* confectum erat. Ob hanc rationem Petrus recusavit pecuniam ex chirographo debitam solvere, quia nihil ne feneratoris quidem ratione ei qui id exigere posset intra sex annos solvisset. Sed iudices declaravere solutionem Caio factam, esse agnitionem debiti, et ideo Petrum cogi juste posse totum debitum solvere. Itaque quandocumque talis solutio feneratoris fit, ut ob hanc solutionem ipsum fenus ante sex annos debitum exigi possit, etiam sors cujus causâ fenus debetur actione vindicari potest. Insuper quum convenit ut Caius qui centum libras ante sex annos acceptas debet Julio, quinquaginta solvat Sylvio in satisfactionem summæ quam huic debet Julius, debitum agnoscit Caius, et reliquum Julio solvere cogi potest.

Præscripta antiquiora juris circa contrahentes aut debitores conjunctos, sive ad solvendum obligati sunt conjunctim, sive conjunctim et separatim, et circa executores et administratores contrahentium, nunc omnino mutata sunt per 19 et 20 Vict. c. 97, s. 14. Ex hoc statuto nullus contrahens aut debitor qui conjunctim cum alio obligatus est, neque executor aut administrator idcirco cogi potest debitum ante sex annos contractum solvere, quod alius contrahens aut debitor qui cum eo conjunctim obligatus est, aut alius executor ejusdem testamenti, aut alius administrator bonorum cujusvis defuncti, aliquid ratione aut contractus, aut debiti, aut sortis, aut feneratoris solverit. Insuper quum actione intentata, reus in plenam satisfactionem summæ a petitore postulata, pecuniam apud tribunal nulla facta mentione debiti alicujus specialis deposuerit, non ideo cogi poterit pecuniam ante sex annos debitam solvere, nisi quatenus pecunia apud tribunal deposita ad hoc sufficiat.

250. In quibusdam circumstantiis quando obligatio solvendi debitum ante sex annos contractum modo exposito renovata est, sufficit actionem intendere ad ipsius primi contractus executionem exigendam; in aliis actio subsequenti debitoris promissione inniti debet. Quum debitum renovatum est per agnitionem *absolutam intra sex annos datam*, sufficit quovis tempore intra sex annos ab hac agnitione actionem ad ipsum debitum exigendum intendere; quia in hoc casu debitum et agnitio subsequens unam et eandem obligationem efficere censentur. Item si promisit debitor se debitum soluturum *quandocumque postularetur* [*on demand*], actio intendi potest ad ipsum debitum exigendum, quia petitor actionem intendendo sufficienter *debitum postulat*. Insuper si Caius promittat se debitum a Julio ante sex annos contractum

soluturum nisi Julius ipse qui propter statutum cogi nequit, id solverit quum ab eo postulatum sit; hæc promissio fiet absoluta, si Julius debitum non solvat intra tempus rationabile postquam ab eo postuletur, et creditor actionem Caio intendere poterit ad ipsius primi contractus executionem exigendam. Item si Caius promiserit se debitum ante sex annos contractum soluturum, quando *hoc facere poterit*, quum probatum fuerit eum solvendo idoneum esse, primus contractus statim reviviscet.

In aliis vero casibus necesse est actionem intendere ex ipsa subsequente promissione qua quis se obligat ad debitum ante sex annos contractum solvendum; ut quum Caius promittit se debitum ante sex annos contractum certo tempore postquam *postulatum* fuerit soluturum [*to pay the debt at a certain time after demand*]. Item si Caius litium procurator scriptis promiserit Julio, se ei damna præstaturum quæ ex ipsius negligentia passus est sex annis antequam actio hanc ob rationem intenta est, omnino necesse est ut Julius actionem intendat ex subsequenti promissione, et non propter ipsam negligentiam. Item Caius mandaverat Julio ut censum annuum pro se emeret. Conditio hæc tacita contractui inerat ut Julius caveret, ut is a quo census annuus emeretur ei solvendo idoneus esset. Sex fere annis elapsis comperit Caius Julium scienter emisse censum annuum a quodam ad solvendum non idoneo. Post sex fere alteros annos Caius actionem Julio intendit ob violationem conditionis tacitæ quæ in ipso contractu inerat. Judices declararunt actionem non competere, quia ob violationem contractus et non ob fraudem intenta esset. Insuper quum actione intenta ab exsecutore alicujus defuncti, aut ab eo qui ad administranda bona hominis qui foro cessit constitutus est, debitor se a solvendo excusat ea de causa quod tempus præfinitum jam effluxerit, non potest administrator, &c., actionem tueri ex eo quod creditor intra sex annos se debitum soluturum promiserit; nisi in ipsa declaratione qua causa actionis exponitur proferatur, promissionem administratori *qua tali* factam esse; quia non sufficeret promissio, si in declaratione, causa actionis in ipso defuncto aut in eo qui foro cessit reponeretur. Quando quis se ope hujus statuti excusat, necessarium est specialiter declarare *causam actionis intra sex annos ante actionem intentam ortam non esse*. Exceptio temporis cum quibuslibet aliis excusationibus proferri potest. Manifestum est solutionem justî debiti hoc modo in foro conscientiæ recusari non posse sine justitiæ commutativæ violatione; atque igitur non licere ad hunc modum evitandi solutionem confugere, nisi petitor injuste debitum exigat. Sed ipsa lex est justa, et ad bonum commune promovendum non tantum utilis sed etiam moraliter necessaria.

Articulus Nonus.

De modo quo quis se liberare possit ab executione contractus per compensationem [a set-off].

251. Ut vis hujus exceptionis intelligatur necesse est exponere quid nomine *debiti* [*debt*] in jure nostro appelletur. *Debitum* est jus certam et determinatam pecuniam [*a certain and liquidated sum of money*] exigendi. Quum ergo Caius jure potitur exigendi pecuniam a Petro ex chirographo [*bond*], aut ex contractu simplici sive explicito sive implicito, puta quia merces vendiderit sub conditione implicita, ut emptor pretium justum solvat; debitum inter eos existere dicitur. Si vero Caius actionem intendat Petro de damnis resarciendis quæ ex hujus negligentia injusta passus est; hoc postulatum non nomine *debiti* sed *damnorum* [*damages*] appellatur. Quando ergo summa solvenda est certa et determinata, aut determinabilis sine sententia juratorum, debitum dicitur; quando vero non est in se et ex sua natura determinata aut determinabilis, sed ut determinetur aut mutuo partium consensu aut sententia juratorum opus est, *damna* appellantur. Sicut contractus possunt confici aut *per specialitatem* [*by specialty*] aut sine *specialitate*, ita debita sunt aut *specialia* aut ex contractu simplici [*specialty debts, or debts by simple contract*]. Debita specialia plerumque ex contractibus per factum [*deed*] initis oriuntur. Sed quum summa pecuniæ debeatur ex judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert, dicitur aut debitum ex judicio tribunalis, &c. [*a debt of record*] aut debitum per specialitatem [*a specialty debt*]. Quum summa pecuniæ debetur ex judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert, hæc summa *debitum* appellatur, etiamsi actio *damnorum* intenta esset. In hoc casu debitum oriri potest sine ullo contractu, nempe quum ipsa *damna* non ex violatione contractus accepta sunt, sed alia ratione, v. g. quia Caius equum Julii injuste occidit. Iterum quum ex statuto parlamenti multa ob noxam aliquam ita imposita sit, ut exigi possit ab eo qui primus nocentem accusaverit, quicumque noxam commiserit hanc summam ex præscripto legis debebit accusatori statim atque accusatio ad tribunal delata fuerit. Debita tamen plerumque nonnisi ex contractibus oriuntur.

252. Per compensationem qualis in præsentī materia accipitur, intelligitur postulatum *in modum debiti* quod habet reus contra petitem, ex quo aut actio ei adversus petitem competit; aut actione *ad debitum* exigendum a petitem intenta, reus se aut omnino aut ex parte a solutione defendere potest. Hæc exceptio non

jure com. sed duobus statutis, nempe, 2 Geo. 2, c. 22, s. 13, et 8 Geo. 2, c. 24, s. 4, nititur (a). Ex definitione patet hanc exceptionem non valere nisi quum *mutua existunt debita* inter petitorum et reum. Imprimis igitur necesse est ut quod postulat petitor sit pecunia certa et determinata aut quæ certa effici possit, ita ut per actionem ex contractu vindicari possit. Itaque quum convenisset ut Caius qui merces emerat a Julio nomen suum subscriberet syngraphæ pro pretio constituto, quod facere postea recusavit; actione a Julio intenta declaratum est Caium compensationem opponere non posse, si actio intenta esset antequam advenisset tempus quo pecunia ex syngrapha solvenda esset; quia necesse foret actionem non debiti sed damnorum intendere. Neque potest hæc exceptio adhiberi quum actio procuratori intenditur ex eo quod rationes non composuerit; neque quum actio Caio intenditur qui se obligaverat ut Julium indemnem præstaret *universe*, et non circa aliquam summam certam et determinatam; neque quum Petrus qui damnum aliquod sustinuit, actionem ei intendit qui de damnis resarciendis caverat, etiamsi inter eos de summa solvenda convenerit. Iterum quum Caius in commodum Julii nomen suum syngraphæ subscripsisset, ideoque se ad pecuniam ex ea solvendam obligasset [*accepted an accommodation bill*], et eam postea cum fenore et impensis solvere coactus esset; actione Julio ob hanc causam intenta, declaratum est hunc per compensationem se defendere non posse; quia ad juratos pertinebat

(a) Verba stat. 2. Geo. 2, c. 22, sunt: "Where there are *mutual debts* between the plaintiff and the defendant, or, if either party sue or be sued as executor or administrator, where there are *mutual debts between the testator or intestate* and either party, one debt may be set against the other, and such matter may be given in evidence upon the general issue, or *pleaded in bar*, as the nature of the case shall require, so as at the time of pleading the general issue, when any such debt of the plaintiff, his testator, or intestate, is intended to be insisted on in evidence, *notice* shall be given of the particular sum or debt so intended to be insisted on, and upon what account it became due, or otherwise such matter shall not be allowed in evidence under such issue." And 8 Geo. 3, c. 24, s. 5, "provides, that by virtue of the preceding clause, mutual debts may be set off against each other, as before mentioned, although such debts be of a *different nature*; but that in cases where either of the debts accrues by reason of a *penalty* contained in any bond or specialty, the same shall be pleaded, and the plea shall state how much is *justly due* on either side, and the plaintiff shall have judgment for the just balance only." Chitty, p. 772. The general issue is a plea that at once denies the whole cause or declaration of the plaintiff without offering special defences. It is equivalent to the plea of not guilty in criminal causes. A plea in bar, as far as our present subject is concerned, is a *special* plea constituting a sufficient answer to an action at law. *Special pleas in discharge* are those which show that the cause of action, though once existing, has been *barred* by matter subsequent; as by payment, release, accord and satisfaction, the Statute of Limitations, or a set-off. Cf. Steph. vol. 3. p. 598.

declarare utrum aliqua compensatio et quanta fieri deberet, propter modum quo Caius pecuniam ex syngrapha solvere coactus erat. Sed dicitur Julium hac exceptione uti potuisse contra eam partem declarationis qua petitor compensationem propter ipsam summam ex syngrapha debitam exegit. Caius se obligavit ad impensas præstandas quas in quadam lite Julius fecerat. Julius affirmabat se centum libras impendisse; et actione ei a Caio intenta propter violationem alterius contractus, declaratum est eum eatenus uti posse compensatione ut centum librarum ratio haberi deberet. Quanquam autem reus plerumque non prohibetur ideo se defendere a solutione summæ certæ et determinatæ, quia petitor actionem non intendit *generaliter* ad summam debitam exigendam, sed *specialiter* de resarciendis damnis ex contractus violatione acceptis; attamen specialis declaratio quandoque compensationem excludit. Sic quum Caius syngrapham [*a bill of exchange*] dedisset Julio ut eam Sylvio Caii creditori traderet, et Julius syngrapham retinuisset pecuniamque ex ea obtentam adhibuisset in solutionem summæ sibi a Caio debitæ; actione Julio intenta propter ipsam violationem promissionis [*specially for the breach of his promise*], nempe quia syngrapham Sylvio non tradidisset, declaratum est Julium non posse se defendere ea ratione quod hæc summa sibi a Caio deberetur; quanquam si actio intenta esset *generaliter* de pecunia accepta, hæc exceptio admissa fuisset. Similiter quum Caius pecuniam ex syngrapha jam debitam et a Julio solvendam a Sylvio accepisset; et nomine suo a tergo scripto syngrapham tradidisset Sylvio qui actionem Julio intendit ad pecuniam ex ea exigendam; permissum non est Julio ea exceptione uti quod hanc summam ei deberet Caius; quia Sylvius non cognovit Julium se excusare posse per compensationem. Quum vero pecuniæ quædam per intervalla solvendæ sint, velut si viginti libræ singulis annis debeantur in modum census annui; potest reus se excusare a solutione cujuslibet unius ex his summis per compensationem. Neque necesse est ut compensationem acceperit petitor eo tempore quo census annuus solvi debebat; sufficit enim ut accepta sit antequam actio intendatur.

253. Quoniam locum non habet compensatio nisi quando *mutua debita* existunt inter litigantes, necesse est ut et id quod postulat petitor, et id quod per causam compensationis reus alleget rationem debiti habeat. Itaque quum a Caio cautum esset de damnis Julio resarciendis si qua in mercibus suis is ex incendio accepisset, et pars mercium igne consumpta esset; actione Julio intenta a Caio ad quoddam debitum exigendum, ei permissum non est ideo se excusare quod Caius ad resarcienda damna quæ ipse ex incendio pertulisset obligatus esset, quia hæc summa certa et determi-

nata non erat. Similiter quum Caius spopondisset de pretio mercium quas Julius Sylvio præbiturus erat, ad summam mille librarum, deficiente ipso Sylvio; et hic foro cessisset, et convenisset ut Caius mille libras Julio solveret; actione a Caio ob aliam causam Julio intenta, declaratum est Julio non licere mille libras per compensationem opponere, quia certo cognosci non posset quantumolvere deberet Caius, donec rebus Sylvii compositis determinaretur quantum singulis ejus creditoribus solvi posset. Caius vero si revera pecuniam solvisset, actione ipsi a Julio intenta, hanc summam tanquam in usum Julii solutam, proferre posset. In alio casu Caius pactus est cum Julio ut certas merces ei pecunia præsentivenderet. Sed quanquam debebat Julio emptori summam pretio mercium majorem, nihilominus declaratum est eum merces tradere non teneri donec ille pretium solveret. Postea Caius foro cessit, attamen declaratum est administratores ejus bonorum cogi non posse merces Julio tradere, nisi pretium mercium reapse solutum esset. Si vero Caius merces tradidisset Julio pretio non soluto, hic cui summam pretio majorem debebat, merces reddere non cogeretur. E contrario, quum Julius actionem Caio intendisset ad suum debitum exigendum, declaratum est Caium pretium mercium in sui excusationem proferre posse, etsi has tradere ideo recusasset quia Julius pretium non solvisset. Quum Petrus famulus Pauli actionem domino suo intendisset ad mercedem exigendam, declaratum est Paulum in compensationem deducere non posse damna quæ ex culpabili negligentia Petri passus esset. Sed quum speciali pacto convenit ut Petrus *ex sua mercede* compensare debeat omnia damna quæ ex ipsius negligentia Paulus patitur, quamvis hæc damna in *compensationem* [set off] adhibere non licet, attamen quum Paulus excipiat adversus totam Petri declarationem, de mercede constituta deduci possunt. Pecuniam ex judicio tribunalis debitam in modum compensationis afferre licet, etiamsi rescriptum de errore corrigendo [*a writ of error*] concessum est, ex quo fiet fortasse ut ipsum judicium evertatur. Paulus quum Petrus ei actionem intendisset ad certam summam exigendam, respondit eum pecuniam aliquam sibi debere; Petrus vero replicavit Paulum judicium tribunalis ad hanc summam exigendam jam obtinuisse; judex declaravit Paulum nihilominus hanc summam per compensationem opponere posse. Et quum expresse convenisset ut Caius proxeneta auctori suo Julio totum pretium mercium solveret, nulla ratione habita pecuniæ quam Julius tunc ei debebat; attamen actione a Julio intenta ad facti executionem exigendam, declaratum est Caio adhuc licere summam debitam per compensationem opponere. Similiter quum Caius pecuniam aliquam a suo debitore mutuatus

esset, pacto expresso se obligans ut totam summam solveret nulla debiti ratione habita; declaratum est nihilominus hanc summam per compensationem opponi posse. Quum vero Petrus actionem Paulo intendisset ad exigendum pretium operæ et laboris quem in opus quoddam impenderat, et Paulus respondisset se ipsum partem operis perfecisse, declaratum est Paulo non licere suæ operæ pretium ratione compensationis prætere.

254. Distinctio hic notanda est inter pecuniam quæ in modum *meræ pœnæ* imponitur, et summam certam et determinatam quæ ex contractu propter aliquam conditionem non servatam debetur. In priore enim casu summa æstimanda est ex damno quod ex violata conditione accipitur, quæ utpote incerta compensationis causâ opponi nequit; in posteriore vero summa utpote certa aliquando hoc modo opponi potest. Sic Titius Caio locavit domum ædificandam intra tres menses, ea tamen conditione ut si intra hoc temporis spatium opus non perficeretur, pro singulis hebdomadibus quotquot essent ultra tres menses, quinque libri Titio solverentur. Domus ædificata non est intra tempus statutum, et Titius summam de qua pactum est pro domus ædificatione solvit; actione vero a Caio intentata ad pretium alicujus operis quod in contractu non erat exigendum [*extra work*], declaratum est Titium summam certam quæ solvenda erat nisi domus intra tempus statutum ædificata esset causâ compensationis opponere posse. Si vero mora ex ulla parte per ipsum Titium evenisset, Caius a pœna omnino liber fuisset (*a*). Pœna vero quæ non ex contractu sed ex statuto exigitur, compensationis causâ præterendi nequit, quia *debiti* rationem non habet. Neque causâ compensationis præterendi potest debitum quod propter lapsum temporis exigere nequit. Etsi vero procurator litium suas impensas actione vindicare nequit, nisi rationem impensarum nomine suo subscripto uno mense ante actionem intentam reo tradiderit, attamen quum actio ipsi intenditur, has per compensationem opponere potest, si rationem petitori quovis tempore ante actionem intentam tradiderit. Quum societas argentariorum actionem ad debitum exigendum alicui ex sociis intendit, is se excusare nequit declarando pecuniam sibi a societate deberi; e contrario vero quum aliquis ex sociis actionem hujusmodi societati intendit, ea potest se defendere declarando eum aliquid societati debere.

258. Debitum causâ compensationis opponi nequit, nisi extiterit antequam actio intentata est (*b*). Neque causâ compen-

(*a*) Discrimen inter solutionem in modum *meræ pœnæ* et summæ determinatæ infra §. 4 exponetur.

(*b*) "A debt cannot be *set off*, unless it was actually *due and in arrear* at the time of the *commencement* of the action, and at the time of plea pleaded; and

sationis opponi potest syngrapha aut chirographum, nisi tempus solvendi ante actionem intentam advenerit; neque aliqua summa ad quam solvendam reus tantummodo seipsum obligaverit [*rendered himself liable to pay*]. Et quamvis ut compensatio opponi possit, necesse non est ut mutua debita sint ejusdem *naturæ* aut *gradus* [*degree*], attamen omnino necesse est ut *eodem jure* debeantur. Sic quum Petrus et Paulus socii actionem nomine societatis Caio intendunt, is se defendere nequit ea ratione, quod Petrus non ut socius, sed alia de causa, v. g. antequam societatem iniiit, certam summam sibi deberet. Et hoc verum est etiamsi Petrus, postquam societatem ingressus est, expresse agnoverit se hanc summam a Caio accepisse. Si vero in societate ad mercaturam faciendam constituta, Caio propter commodum aliorum sociorum aut ex negligentia eorum, aut ob aliquam aliam causam permittatur ita negotia gerere quasi res tota ad ipsum solum pertineat, actione Julio intenta nomine societatis, is summam sibi a Caio solo debitam per compensationem opponere poterit. Actione intenta a pluribus quibus omnibus actio competere censetur, poterit reus compensationem opponere, probando vel omnes petitores inter suos debitores numerari, quanquam nomina quorundam ex iis perperam in formulam actionis relata sunt; vel eos omnes qui jure ipsi actionem intendendi potiuntur inter ejus debitores computari. Et quum plures sunt rei conjuncti, unus ex iis in modum compensationis proferre nequit summam quam ipsi soli debet petitor. Actione Petro a Caio intenta ille in modum compensationis proferre potest pecuniam ex chirographo a Caio et aliis *conjunctim* et separatim solvendam. Quando plures sunt creditores aut debitores conjuncti, et aliquis ex iis moritur, ejus jus aut obligatio ad superstites transit. Itaque quum ex pluribus creditoribus conjunctis solus Petrus superstes est, is summa sibi utpote socio superstiti debita ex jure compensationis uti potest, etiamsi actio ei intenditur ad exigendam pecuniam ab ipso solo et non a societate debitam. Similiter debitum quod contraxerunt plures socii quorum Petrus solus superstes est in compensationem deduci potest summæ quæ ipsi soli et non societati debetur. Sed Paulus cui actio intenditur ut executori Petri, in compensationem deducere non potest summam sibi jure proprio debitam; neque actione sibi intenta ad debitum quod ipse contraxit exigendum

therefore, a plea which merely states that the plaintiff was indebted to the defendant, *at the time the plaintiff declared*, or *at the time of plea pleaded*, is bad. And in like manner it is held, that a defendant cannot set off, by a plea to the further maintenance of the action, a debt which accrued after action brought, and before plea pleaded." Chitty, pp. 778-9.

tueri se potest opponendo summam sibi ut exsecutori debitam. Quum Caius exsecutor testamenti Julii actionem intendisset Sylvio ad pecuniam exigendam quæ sibi ut exsecutori debebatur, quæ tamen pecunia nonnisi post mortem Julii debita est, et Sylvius se defendisset hac ratione quod pecuniam aliquam sibi Julius debuisset; declaratum est hanc defensionem non valere; quia si ea permetteretur, fieri posset ut Sylvio solveretur quod ipsi debebatur antequam debita altioris ordinis dissolverentur. Iterum Petrus constitutus a Paulo procurator ad redditus accipiendos, quosdam post mortem Pauli accepit quos tradere Mariæ viduæ Pauli ejusque exsecutrici recusavit; et quum Maria adversus eum ageret non ut exsecutrix sed ut persona in cujus usum et commodum redditus acceperat, is se defendit dicendo Paulum sibi aliquid debuisse. Judices declararunt hoc debitum in compensationem deduci non posse; quia ipsi Paulo nunquam competerat actio adversus Petrum de hac pecunia quam nonnisi post ejus mortem Petrus acceperat. Neque actione intenta ab exsecutore potest reus se defendere per chirographum ipsi a defuncto traditum, dummodo tempus quo pecunia ex eo solvi debet non advenerit, nisi post mortem testatoris et post actionem intentam. Si vero Caius exsecutor testamenti Pauli rationes inter Sylvium et seipsum ut exsecutorem composuerit, summamque a Paulo debitam esse agnoverit; actione a Caio intenta Sylvio, is hanc summam in compensationem deducere potest. Maritus actione ei intenta seipsum defendere nequit opponendo summam sibi jure uxoris debitam. Et quum Paulus actione ei a Petro intenta judicioque contra eum lato voluisset in defensionem proferre judicium quod ipse ut fiduciarius Caii adversus Petrum obtinuisset, declaratum est hanc defensionem admitti non posse.

255. Quanquam apud tribunalia juris com. id quod debetur tantummodo ex æquitate opponi non potest ut compensatio *legalis*; attamen etiam apud illa nunc opponi potest ut compensatio *æquitalis*. Sic actione Caio intenta a Julio ad debitum exigendum, is se defendere potest opponendo debitum quod Julius debebat Sylvio ut Caii fiduciario.

Quum Petrus Pauli procurator actionem proprio nomine Caio intendere possit, hic plerumque se defendere nequit opponendo debitum quod Paulus ei solvere tenetur. Si vero Paulus permiserit Petro, qui non cognoscitur merus esse procurator, vendere Sylvio merces tanquam proprias, potest Sylvius in compensationem deducere summam sibi a Petro debitam. Si vero Petrus vendat merces *ut procurator*, sive proprio nomine sive nomine sui auctoris, non potest emptor opponere id quod ei debet procurator.

In alio casu Caius litium procurator constitutus est a Sylvio litium procuratore ad negotia hujus urbana gerenda. Sylvius ipse negotia ejusdam Julii procurabat, a cujus tenentibus redditus, actione intenta, exegit Caius ut Sylvi procurator. Actione Caio intenta a Julio (quod tamen plerumque fieri nequit) ad redditus exigendos, ille pecuniam sibi debitam a Sylvio in compensationem deduxit: declaratum est Caium totam summam quam ei debebat Sylvius hoc modo opponere non posse, sed tantummodo impensas quas fecisset in causa agenda ad redditus exigendos.

256. Exceptio compensationis sæpe adhibetur apud tribunalia in quibus res eorum qui foro cesserunt administrantur. Jam vidimus in aliis casibus hanc exceptionem non admitti nisi ubi *mutua sunt debita*. Ubi vero agitur de administrandis bonis hominum qui foro cesserunt, sufficit ut *mutua sint credita*. Jam exposuimus quid significet *debitum* et ex hoc pendet significatio legalis crediti. *Creditum* est postulatum ex quo etsi non necessario, attamen ex natura sua, debitum quasi sponte nascitur, et non aliud postulatum a debito diversum (a). Hinc compensatio locum non habet quando actio ad damna non certa exigenda intenditur. Sed quum Petrus scribendo nomen suum ex transverso super syngrapham in commodum Caii qui postea foro cessit confectam [*by accepting a bill of exchange*], se ad pecuniam ex ea solvendam obligasset, declaratum est pecuniam ex syngrapha debitam esse *creditum* quale ex statuto intelligitur. Insuper quum convenisset ut Caius ad solvendum pretium mercium ipsi Petro venditarum et traditarum nomen suum syngraphæ a Petro confectæ inscriberet, et priusquam Caius hoc fecisset Petrus foro cessit, ex hac conventionem *creditum* inter partes extitisse declaratum est.

(a) Verba statuti 12 et 13 Vict. c. 106, s. 171, quo exceptio compensationis, quod attinet ad administranda bona hominum qui foro cesserunt, præcipue dirigitur hæc sunt: "Where there has been *mutual credit* given by the bankrupt and any other person, or where there are *mutual debts*, the Court shall state the account between them; and one debt or demand may be set against another, notwithstanding any prior act of bankruptcy committed by such bankrupt before credit given to, or the debt contracted by him; and what shall appear due on either side, on the balance of such account, and no more shall be claimed or paid on either side respectively; and every debt or demand hereby made provable against the estate of the bankrupt, may also be set off in manner aforesaid against such estate, provided that the person claiming the benefit of such set-off had not, when such credit was given, notice of an act of bankruptcy by such bankrupt committed." Cf. ap. Chitty, p. 784. "The leading rule on this subject is, that mutual credits, to be within the meaning of the bankrupt laws, must be such credits as will terminate in debts; or, perhaps, as has been well observed, the true principle in such cases is, that the statute applies not merely to credits which must, *ex necessitate*, terminate in debts; but to all credits which have a natural tendency to terminate in debts, and not in claims differing in their nature from debts." Id. p. 785.

Itaque actione Caio intenta ab iis quibus administratio bonorum Petri concessa est, quia nomen suum ut pactum esset, super syngrapham adscribere recusasset, iudices declararunt Caium se defendere posse ob pecuniam mutuam Petro datam antequam hic foro cessisset. In alio casu Caius pecuniam aliquam Petro mutuam dare voluit, quam non ipse numeravit, sed tradidit ei tesseram numariam [*a cheque*] ex qua pecunia ab argentario solvenda erat; neque soluta est nisi postquam Caius foro cessit. Administratores bonorum Caii actionem Petro intendebant ad hanc pecuniam exigendam. Petrus se excusabat hac ratione quod priusquam cognosset Caium foro cessisse, nomen suum syngraphæ a tergo in Caii commodum adscripsisset, et pecuniam ex alia Caii syngrapha debitam ei solvisset; quam pecuniam omnem solvere coactus esset. His expositis declaratum est Petrum utramque summam compensationis causa proferre posse. In alio casu quum Caius syngrapham nomine suo ei a tergo inscripto argentariis tradidisset, pecuniamque ex ea accepisset, *et ante tempus reddendæ pecuniæ ex syngrapha acceptæ præstitutum foro cessisset*; administratores ejus bonorum actione argentariis intenta ad summam quam hi Caio debebant exigendam, declaratum est argentariis licere pecuniam quam ex syngrapha dedissent in compensationem interponere (a). Quivis alius qui ex justa causa syngrapham aut chirographum obtinet, quum Caius qui ad pecuniam ex eo solvendam tenetur foro cesserit, eam summam compensatione interponere potest, etiamsi pecuniam ex instrumento nondum solverit [*has not taken up the instrument*], antequam Caius foro cesserit, dummodo instrumentum ante illud tempus habuerit. Sed ut syngrapha vel chirographum compensatione interponere possit, requiritur ut is a quo profertur in *proprium suum commodum* illud habuerit. Itaque Julius qui syngrapham Caii qui foro cessit juste et legaliter obtinet ut fiduciarius aut procurator Petri, non potest se defendere a proprio suo debito solvendo pecuniam ex syngrapha cum suo debito compensando. Ut mutua credita existant inter Caium qui foro cessit et Julium, necesse non est ut negotia quæ *directe* pecuniam respiciunt inter eos intercesserint; sufficit enim si Caius antequam foro cessit, merces tradiderit Julio cujus debitor erat tempore quo merces traditæ sunt. Sic Petrus debitor Pauli huic tradidit lineam margaritarum ut venderetur et pretium Petro traderetur. Post lineam traditam, sed ante venditio-

(a) But although the actual indorsees of a bill may set them off in an action, a mere *agreement* on the part of Peter to indorse a bill of exchange to Caius who becomes a bankrupt before the actual indorsement, does not create a credit within the statute. Cf. Chitty, p. 786.

nem, Petrus foro cessit. Linea postea vendita administratores bonorum Petri actionem Paulo intenderunt ad pretium exigendum; declaratum est Paulum ratione mutui crediti se defendere posse (a).

257. Ex verbis expressis statuti postulatum quodlibet, quod *probari potest* contra statum Petri qui foro cessit, in compensationem deduci potest apud tribunal a quo res illius administrantur. Itaque Paulus qui se obligavit ad *certam* summam solvendam deficiente Petro, hac summa pecuniam quam Petro debet compensare potest; quia quum summam solvere tenetur, probari ea potest nomine *debiti*, et ante hoc tempus probari potest *ut debitum quod certo casu eveniente* solvi debebit. Sed in alio casu Petrus, Paulus, et Caius societate inita, ex negotio quodam quinquaginta millia librarum Julio debebant, et postea dissoluta societate convenit ut Petrus et Paulus rem communem societatis acciperent, et ut Caius eis solveret octo millia librarum quæ priori societati debebat, ea conditione ut hi debitum Julio solverent. Petrus et Paulus pecuniâ quæ Julio debebatur non solutâ foro cesserunt; quapropter Caius quod reliquum erat pecuniæ Julio debitæ solvere coactus est. Hic voluit summam octo millium librarum quam Petro et Paulo non solverat compensatione interponere. Sed declaratum est obligationem Caii erga Julium pro satisfactione habendam esse, *ratione cuius nunquam fortasse quidquam solvere cogeretur*, et ideo tamquam mutuum creditum respici non posse (b). Necesse est etiam, ut supra de mutuis debitis exposuimus, ut postulata eodem jure nitantur; et ideo quum Caius pecuniam accepisset in commodum Pauli qui ad administranda bona Petri qui foro cesserat constitutus est; declaratum est Caium hanc pecuniam in compensationem summæ quam ipse Petro debebat proferre non posse. Iterum Caius domum conduxit de Petro, eamque locavit Paulo, et postea foro cessit. Ei quum foro cessit, partem redditus debebat Paulus. Post hoc tempus Caius quoniam adhuc domum sibi locatam habebat, alios redditus debebat Petro, qui bona Pauli in domo inventa arripuit huncque coegit redditum a Caio debitum præstare. Quum administratores bonorum Caii actionem Paulo intendissent ad partem redditus quam is Caio debebat exigendam, declaratum est Paulo non licere eam summam quam redditus causa Petro solvere coactus est compensatione

(a) "In a subsequent case, in which the goods themselves were not intrusted by the bankrupt to his creditor, but where goods were consigned by the bankrupt to a third party, under an arrangement between the former and his creditor, whereby the proceeds of such goods must necessarily pass through the hands of the creditor; it was held, that this was a case of mutual credit within the Act." Ap. Chitty, p. 787.

(b) Cf. Chitty, p. 787.

interponere. Sed si tum reditus quem Caius Petro debebat, quemque solvere coactus est Paulus, tum reditus quem ipse Paulus Caio debebat, non deberetur nisi ratione temporis quod effluxit postquam Caius foro cessit, Paulus pecuniam a se solutam in modum compensationis proferre poterat. Et hoc verum est etiamsi declaratum esset actionem Paulo intentam esse ad exigendam pecuniam in usum administratorum acceptam. Similiter si credita mutua extiterint antequam Caius foro cesserit, Paulus id quod Caio creditum est ratione compensationes interponere potest, si quum creditum concessit, non cognovit Caium aliquid fecisse, propter quod foro cedere cogi posset.

258. Quum reus se defendit ratione compensationis, semper necesse est ut hæc exceptio *speciatim* proferatur. Et si se defendit hoc modo a solutione non totius debiti, sed tantum alicujus partis, judicium pronuntiabitur secundum eum de hac parte debiti, et secundum petitorum de reliquo. Quum reus se defendit per exceptionem compensationis, et petitor respondet se *neque esse neque fuisse* debitorem ejus, hanc declarationem confirmare potest probando summam quæ in compensationem opponitur jam solutam esse aut a seipso aut ab alio, et se hanc solutionem tempore litis ratam habuisse. Sed si petitor declaret se *nunquam* fuisse debitorem ejus, defendere se nequit probando debitum solutum esse. Quum reus hac exceptione utitur petitor eam elidere potest probando se debitum solvisse etiam postquam hæc exceptio a reo adhibita est. Et petitor hanc replicationem quod *nihil debetur* evertere potest probando summam quæ in compensationem opponitur non a reo solo sed a reo et alio quodam tertio debitam esse.

259. Hæc exceptio ut ex dictis patet, omnino discrepat a variis exceptionibus quæ a reo ad damna minuenda proferri possunt. Sic quum convenisset inter Caium et Julium ut ille quoddam opus pro Julio perficeret, et totam materiam pretio certo et determinato suppeditaret, et quum ipse Julius partem materiæ præbuisset, actione a Caio intenta ad debitum exigendum, declaratum est Julium pretium materiæ quam ipse præbuisset non in modum compensationis sed ad debitum minuendum proferre posse. In alio casu quum convenisset inter Caium et Bertham ancillam ejus, ut hæc ex mercede sua solveret pretium bonorum quæ ex ipsius negligentia deperderentur; actione Caio intenta ad mercedem exigendam, declaratum est pretium bonorum deperditorum de mercede debita deduci posse (a). Et si Caius actionem Julio intendit ad sum-

(a) Alios quosdam casus sermone anglico proferemus. In an action for dyeing goods, the defendant may, at common law, prove as a defence, that there is a custom of the trade, that the amount of damage done to goods whilst being dyed,

mam certam exigendam, hic se defendere potest, exceptione compensationis non invocata, probando summam de qua agitur solutam esse ad dissolvendum aliquid quod ipse Caius Julio debuerat. Itaque iis in casibus ubi reus se defendere potest per exceptionem compensationis, ad eam minime confugere tenetur; potest enim totum debitum petitori solvere, et aliam actionem [*a cross-action*] ad postulatum suum exigendum intendere. Hac autem exceptione reus uti potest, quando suum postulatum summam petitori debitam exsuperat, et postea actionem de reliqua parte intendere. Reus compensationem opponere non potest, quando sic se defendit ut totam petitoris declarationem neget; omnino etiam necessarium est ut exceptio compensationis specialiter exponatur. Olim quum reus se defenderet contra totam petitoris declarationem per exceptionem compensationis, si summa quam sibi deberi affirmavit non suffecit ad totum postulatum petitoris compensandum, iudicium *pro tanto* in ejus gratiam ferri non potuit, sed summa ei debita tantummodo ad damna minuenda accepta est; unde fiebat ut omnes impensæ actionis ab eo solvendæ essent. Nunc autem ex 15 et 16 Vict. c. 76, s. 75, exceptio compensationis *distributive* accipitur, et iudicium fertur secundum reum de ea parte debiti quæ compensatur, et de reliquo secundum petito rem.

Articulus decimus.

De modo quo minores et mulieres nuptæ se excusare possunt ab exsequendo contractu.

260. De capacitate minorum et mulierum nuptarum ad contractus legaliter conficiendos jam egimus in tractatu de justitia

may be deducted from the price of the dyeing. When mutual debts are contracted in a foreign country, and by the law of that country the defendant would be entitled to set off his debt against the plaintiff's, this, irrespective of the English law of set-off, may be pleaded in defending an action brought in this country to recover the debt. And although a general set-off cannot be pleaded in *replevin*; still where a tenant has been compelled by a superior landlord, or other encumbrancer having a title paramount to that of his immediate landlord, to pay sums due for ground rent, or other like charges; the Courts have given to the tenant the benefit of a set-off by holding such to be, in fact, *payments of the rent* itself, or of part of it, and to be properly admissible in evidence, under the plea *riens in arere*. The County Courts in England have now jurisdiction to try cases where the debt or demand consists of a balance not exceeding £50, after allowing for any set-off claimed or recoverable by the defendant from the plaintiff; and in Ireland a balance not exceeding £40, after allowing for any set-off, may be recovered by decree of the Assistant Barrister who presides, and is sole judge in civil causes tried at Quarter Sessions.

disp. 24^a §§. 3, 4, 5, 6 et 7, et quod attinet ad uxores supra n. 66 et seq. Minor non potest in jure agere [*appear*] nec se defendere in causis privatis nisi per curatorem (a). Non potest hæc facere aut in propria persona aut per procuratorem [*attorney*]; et si hoc fecerit et iudicium contra eum pronuntiatum fuerit, ob hanc rationem potest rescriptum obtinere ad iudicium corrigendum et evertendum. Sed si iudicium pronuntiatum fuerit secundum minorem, non ideo poterit petitor hujusmodi rescriptum obtinere quod minor non se defenderit per curatorem sed per procuratorem. Si reus qui se defendit a contractu exsequendo, quia minor fuerit quum eum inierit, vigesimum primum annum compleverit quando actio ei intenditur, poterit se per procuratorem defendere. Quum quis se defendit ea ratione quod minor fuerit tempore contractûs confecti, omnino necesse est ut hæc exceptio *expresse* proferatur. Necesse est insuper ut curator constituatur antequam hæc exceptio allegetur, et ut eum constitutum esse in ipsa exceptione [*plea*] declaratur. Si petitor neget reum minorem fuisse tempore contrahendi, onus probandi in minorem conjicitur. Atque ad probandum reum minorem fuisse quum iniretur contractus, non sufficit proferre librum in quem nomina baptizatorum referuntur; sed necesse est afferre testimonium parentum aut consanguineorum, aut aliorum qui ætatem rei probare possunt. Ad probandam vero ætatem rei sufficit stabilire parentes aliosve consanguineos defunctos rei ætatem ejus declarasse. Quum iudicium fertur contra minorem, vel quia contractus attinuerit ad res necessarias, vel quia ipse post 21^{um} annum completum scripto contractum confirmaverit, impensas actionis solvere tenetur. Sed in hoc secundo casu necesse est ut minor contractum confirmaverit antequam actio intentâ est.

261. Quum mulier nupta actionem solo suo nomine intendit ad contractus executionem exigendam quem ipsa confecerit, circa res quæ ejus solius non sunt, reus se defendere potest per exceptionem quæ *abatement* (b) dicitur, nempe declarando actionem nomine non tantum uxoris sed etiam mariti intendi debere. Si vero Bertina mulier nupta syngrapham conficit et Caius nomen suum ei ex transverso adscribit [*accepts the bill*], ipsa vero eam nomine suo a tergo inscripto [*indorses it*], tradit Julio qui actionem Caio in-

(a) Quatenus et quo modo actionem intendere possit in tract de just. n. 476, exponitur.

(b) Abatement is a dilatory plea founded on some matter of fact extraneous to the merits of the case, but showing that the action is defective in point of form. If successful, it defeats the particular action, leaving the plaintiff at liberty to commence another in better form.

tendit ad pecuniam ex ea exigendam; non poterit hic se defendere ea ratione quod Bertha matrimonio juncta sit. Quum mulier nupta in jus vocatur necesse est ut ipsa se sistat in judicio [*plead*] et non per procuratorem. Quum Bertha quæ matrimonio juncta est declarasset se esse innuptam, et ut talis facta confecisset, et in jure egisset, non ideo prohibita est [*estopped*] ea ratione se defendere quod tempore contractus matrimonio juncta esset. Sed semper necessarium est ut hæc exceptio nominatim proferatur, et onus probandi matrimonium in uxorem conjicitur. Hoc probari potest proferendo ipsum librum in quem nomina eorum qui matrimonio juncti sunt referuntur, aut exemplar confirmatum [*an examined copy*], et probando mulierem de qua agitur eandem esse cujus nomen in libro scriptum sit. Matrimonium etiam probari potest testimonio eorum qui aderant quum celebratum est; aut si mulier et is cujus uxor esse dicitur per longum tempus tanquam conjuges una vixerint, hoc sufficit ut controversia de matrimonio ad juratos deferatur, a quibus dirimenda erit; sed nulla existit præsumptio legalis quemquam inter vivos esse qui absens fuerit per septem annos et de quo nihil per hoc tempus auditum fuerit ab iis quos de eo si adhuc viveret audituros fuisse verisimillimum est. Itaque uxori necessitas incumbit probandi virum inter vivos fuisse intra septem annos antequam contractus initus sit.

Articulus undecimus.

Quo modo reus se tueri possit per defensionem æquitabilem [an equitable defence].

262. Hic modus se defendendi reo conceditur ex 17 & 18 Vict. c. 125, ss. 83, 84, 85, et 86. Ex interpretationibus judicium declaratum est 1^o posse tribunal juris com. defensionem æquitabilem admittere aut non admittere ad suum arbitrium: 2^o controversiam de factis quæ attinent ad eam ab ipso judice sine juratis dirimi posse; 3^o hanc defensionem admittendam non esse nisi ejusmodi sit ut si judicium obtentum sit a petitore in tribunali juris com., reus *perpetuum* et *absolutum* mandatum obtinere possit a tribunali æquitatis ne illud judicium unquam executioni mandetur. Reus quamvis se tueri possit apud tribunal juris com. per defensionem æquitabilem, non tamen hoc facere tenetur; sed recurrendo ad tribunal æquitatis remedium adversus judicium a tribunali juris com. contra se latum comparare potest. Si vero vult defensionem æquitabilem apud tribunal juris com. adhibere, postea non poterit ex ratione æquitabili actionem apud tribunal æquitatis intendere; dummodo talis sit causa et forma procedendi,

ut idem remedium ab utroque tribunali obtineri possit. Aliter enim remedium a tribunali æquitatis obtineri potest. Similiter si reus primum recurrat ad tribunal æquitatis ut ibi remedium sibi comparet, actione postea ei intenta apud tribunal juris com., non poterit sibi eandem rationem æquitabilem prætere. Insuper quum res de qua agitur talis est ut remedium quod obtineri possit a tribunali æquitatis non sit absolutum et perpetuum, hoc non obstat ne eadem res apud tribunal juris com. in modum defensionis æquitabilis proferri possit. Itaque ad tollendam defensionem æquitabilem apud tribunal juris com. non sufficit ut lis de eadem re apud tribunal æquitatis moveatur [*is pending*]; quia hoc non dat jus tribunali æquitatis actionem apud tribunal juris com. absolute et perpetuo interdicendi, sed tantummodo donec lis quæ in æquitate movetur dirempta fuerit. Sed jurisdictio æquitabilis quæ tribunalibus juris com. conceditur jurisdictionem superiorem cancellariæ nullo modo infringit, et ideo hoc tribunal causam ad se revocare potest, et cogere tribunal juris com. a causa cognoscenda desistere etiamsi jam incepta est; et ita etiam agere solet quoties ei videtur quod apud tribunal juris com. justitiæ non plene satisfactum fore. Sed plerumque tribunal æquitatis non se immiscet causæ apud tribunal juris com. inceptæ quando justitiæ ibi plene satisfiet.

Quum Caius actionem Petro intendisset ad redditus ex locatione debitos exigendos, hic respondit inter se verbis convenisse ut Caius redditus remitteret ea conditione, si ipse locationis instrumentum cederet; se vero pactum servasse instrumentumque Caio tradidisse. Sed hanc defensionem nihil valere declaratum est; quia in hoc casu tribunal æquitatis subsidium Petro non præstitisset *absolute*, sed tantummodo *ea conditione* ut hic rite et legitime instrumentum locationis traderet (*a*). Sed quum Paulus actionem Julio intendisset ad suum locationis instrumentum repetendum [*action in detinue for a lease*]; Julio permissum est se defendere hac ratione æquitabili quod locationis instrumentum apud se depositum sit in modum vadii mortui in æquitate [*an equitable mortgage*], ut caveretur de solvenda certa pecunia, quæ nondum soluta est; quod ipse insuper post actionem intentam obtulisset

(*a*) "The same principle has been adopted, in cases where the party relies on mistake or accident, as the ground of his equitable defence or answer: the rule established by the authorities being, that where the contract is executed, and a Court of Equity would give *unconditional* relief, the mistake may be pleaded in an action on the contract, as a defence or answer on equitable grounds; but where the contract is executory, and a Court of Equity would only grant relief upon terms, e. g. *that the contract should be performed*, it cannot be pleaded." Chitty, p. 801.

Paulo locationis instrumentum, et paratus esset solvere impensas actionis quæ factæ essent usque ad tempus quo instrumentum obtulisset, ea conditione ut Paulus pecuniam debitam solveret; hic autem locationis instrumentum hac conditione oblatum accipere recusasset. In alio casu quum Caius actionem cuidam societati intendisset, ad pecuniam ex contractu assecurationis debitam exigendam, et societas respondisset contractum initum esse hac conditione expressa ut in narratione factorum ne quid falsi diceretur; aliquid vero falsi in ea reapse dictum esse; et Caius hac ratione æquitabili se excusasset, quod in libello quo societatis leges expositæ sunt [*the prospectus of the society*], declaratum est de nullo contractu futuram esse controversiam nisi propter fraudem, et si quid falsi esset in factis narrandis illud non ex fraude dictum esset, sed ex errore; hanc esse bonam defensionem pronuntiatum est.

Quum Caius actionem Petro intendit apud tribunal juris com. et hic se defendit per exceptionem specialem, potest Caius quandoque huic opponere replicationem æquitabilem [*a replication on equitable grounds*]; sed hoc non permittitur nisi quando contra æquitatem esset si reo concederetur ut hoc modo se defenderet contra postulatum legale; et ideo non permittitur quum habita ratione quid petitor intendat, quid reus opponat, et quid præterea petitor replicet, videtur hunc nihil jure postulare posse, quamvis in circumstantiis in quibus versetur jus ad remedium in æquitate habere possit; quia in hoc casu remedium non a tribunali juris com., sed æquitatis petere necesse est.

§. 4. *De damnorum compensationibus [damages] quæ exigi possunt apud tribunalia quum actio ob contractus violationem intenditur.*

Punctum Primum.

De discrimine inter pecuniam quæ solvenda est in compensationem damnorum quæ accipiuntur ex ipsius contractus violatione [quæ in nostro jure a penalty dicitur]; et pecuniam certam quæ tota ob ipsam pacti violationem solvenda est, nulla habita ratione damnorum [quæ liquidated damages appellatur].

263. Jam data occasione exposuimus quomodo inter se differant pecunia ex pacto inter contrahentes solvenda in compensationem damnorum quæ revera accepta sunt [*a penalty*], et pecunia certa et determinata quæ, nulla habita ratione damni, tota solvenda est [*liquidated damages*]. Non semper facile determinari potest utrum summa solvenda debeat pro pœna, an pro compensatione

damni certa et determinata haberi. Regula generalis hæc est: quum in contractu plura pacta de variis rebus perficiendis contingantur, et in fine una summa gravis solvenda ponatur, si contractus rite executioni non mandetur; hæc summa ut pœna respicienda est: sed quum convenit ut si contrahens aliquid speciale fecerit vel non fecerit, summam certam solvat, hæc summa ut certa et determinata respicienda est. Magni momenti est hanc distinctionem cognoscere; quia quando summa pro pœna habetur non tenetur is qui pactum violaverit totam solvere, sed tantummodo compensare damnum quod alter contrahens passus est: quando vero summa certa et determinata in compensationem damnorum solvenda est, tota summa semper exigi potest. Sic convenit inter Bertham et Caium ut ea in hujus theatro quasdam ageret partes per triennium; ut fabulis in scena meditandis [*the rehearsals*] adesset, legesque theatri observaret; et ut multas ob harum violationem impositas solveret: et ex altera parte, ut Caius certam mercedem in singulas hebdomadas, et itinerum expensas Berthæ solveret; et denique ut si alteruter contractum violaret, alteri ducentas libras solveret. Actione intenta ad ducentas libras exigendas declaratum est hanc summam ut pœnam respiciendam esse. Et hæc regula tenenda est, etiamsi in ipso contractu declaretur summam in fine positam non habendam esse pro pœna, sed pro certa et determinata (a), dummodo de hoc

(a) Operæ pretium est casum præcipuum in hac materia anglice exscribere: Caius engaged to act as principal comedian in the theatre of Julius for four seasons; and in all things to conform to the regulations of the theatre. Caius was to receive £3 6s. 8d. every night on which the theatre should be open, and should be allowed one benefit night each season. The agreement contained a clause, that if either of the parties should neglect or refuse to fulfil the said agreement, or any part thereof, or any stipulation therein contained, such party should pay to the other the sum of £1000, to which sum it was thereby agreed that the damages sustained by any such omission, neglect, or refusal should amount: and which sum was thereby declared by the said parties to be liquidated and ascertained damages, and not a penalty or penal sum, or in the nature thereof. Caius having refused to act during the second season, Julius instituted an action to recover £1000, but the jury gave a verdict for £750 damages, subject to a motion for increasing them to £1000, if the Court should be of opinion that the plaintiff was entitled to the whole sum as liquidated damages. The Court decided that the verdict should stand, and that the rule for increasing the damages be discharged; and Tindal, C. J., in delivering judgment, said; "It is undoubtedly difficult to suppose any words more precise and explicit than those used in the agreement; the same declaring not only affirmatively that the sum of £1000 should be taken as *liquidated damages*, but negatively also, that it should not be considered as a *penalty*, or in the nature thereof. And if the clause had been limited to breaches which were of an *uncertain nature and amount*, we should have thought it would have had the effect of ascertaining the

pactum sit, ut eadem summa gravis æque solvenda sit si alteruter ex contrahentibus fecerit aut omiserit aliquid sive maximi sive minimi momenti; unde recte inferre licet hanc summam, etiamsi contrarium declaratum est, revera tamen ex mente contrahentium pro pœna, et non pro summa certa et determinata habendam esse. Insuper quum convenit ut eadem summa sine distinctione solvenda sit, si Caius aliquid contra contractum fecerit aut omiserit, sive damnum inde proveniens sit ex natura sua certum et determinatum sive incertum et indeterminatum, hæc conventio ut pœna respicienda est. Deinde quando convenit ut Caius certam summam Julio solvere teneatur, si aliquid contra contractum fecerit vel omiserit, quum res est ejusmodi, ut damnum quod patitur Julius ex uniuscujusque pacti violatione semper certo determinari possit, hæc summa pro pœna habetur.

264. Si vero summa certa solvenda est a Caio si quendam actum specialem fecerit vel non fecerit, aut unum aliquod pactum [*covenant*] speciale non impleverit, et damna quæ alter contrahens inde patitur sunt incerta, hæc summa ut certa et determinata habebitur, nisi eam pro pœna habendam esse expresse a contrahentibus declaretur. Caius promisit Berthæ se non aliam nisi ipsam ducturum uxorem; quod si aliter fecerit, se ei mille libras soluturum intra tres menses postquam matrimonium contraxerit. Postea duxit Juliam, et actione intentata, declaratum est summam mille librarum ut certam et determinatam habendam

damages on any such breach at £1000; for we see nothing unreasonable or illegal in the parties, by their mutual agreement, settling the amount of damages, *uncertain in their nature*, at any sum on which they may agree. In many cases such an agreement fixes that which is almost impossible to be accurately ascertained; and in all cases it saves the expense and difficulty of bringing witnesses to that point. But in the present case the claim is not so confined; it extends to the breach of *any* stipulation by either party. If, therefore, on the one hand, the plaintiff had neglected to make a single payment of £3 6s. 8d. per day; or on the other hand, the defendant had refused to conform to any usual regulation of the theatre, however minute or unimportant, it must have been contended that the clause in question, in either case, would have given the stipulated damages of £1000. But that a *very large sum* should become immediately payable, in consequence of the non-payment of a *very small sum*, and that the former should not be considered as a penalty, appears to be a contradiction in terms; the case being precisely that in which Courts of Equity have always relieved, and against which Courts of Law have, in modern times, endeavoured to relieve, by directing juries to assess the real damages sustained by the breach of the agreement. It has been urged at the bar, that the liquidated damages apply to those branches of the agreement only, which are *in their nature uncertain*, leaving those which are *certain* to a distinct remedy, by the verdict of a jury. But we can only say, if such is the intention of the parties, they have not expressed it; but have made the clause relate, *by express and positive terms*, to all breaches of every kind." Cf. ap. Chitty, pp. 804, 805.

esse. Iterum quum Caius agros quosdam Julio locasset, inter eos pactum est ut si hic agros pascuos coleret, pro singulis jugeribus quæ araret quinquagenas libras solveret; actione Julio intenta ad summam de quâ pactum est exigendam, declaratum est hanc summam ut certam et determinatam respiciendam esse. In alio casu Julius qui quosdam agros conduxerat, pacto se astrinxit ne per tres ultimos annos ante tempus finiendæ locationis amplius septuaginta jugeribus trifolium pratense sereret, et ut solveret denas libras per reliquum temporis pro singulis jugeribus ultra septuaginta quæ ita sevisset. Actione ei intenta ob pactum violatum, declaratum est hanc summam non ut pœnam sed ut certam et determinatam habendam esse. In alio casu Petro convenit cum Caio et Julio ut domum ædificarent aliaque certa opera pro eo intra tempus præfinitum perficerent, et ut certam summam solverent in singulas hebdomades quamdiu post tempus statutum opera infecta essent. In judicio declaratum est hanc summam ut certam et determinatam habendam esse. Et hanc sententiam tribumalia sequuntur, quoties summa certa et determinata pro damno incerto solvenda est, etiamsi in contractu nomine pœnæ designetur. Sic Caius chirurgus alium chirurgum Julium adhibuit adiutorem ea conditione ut artem suam ne exerceret in quodam oppido nec in locis qui minus septem millia passuum ab eo distarent. Ad hoc pactum servandum obligavit se Julius *sub pœna* 500 librarum. Pacto violato declaratum est hanc summam non pro pœna sed pro certa et determinata habendam esse. In alio casu Caius popina vendita Julio se obligavit *sub summa pœnali* 500 librarum ut idem negotium ne exerceret nisi in locis qui certo spatio aberant ab oppido in quo popina sita est. Caio quum pactum non servasset actionem intendit Julius, et quanquam hic non probavit se ullum damnum accepisse, attamen coactus est Caius 500 libras solvere. Et quum contractus plura continet pacta ex quorum violatione damnum certum et determinatum non oritur, et convenit ut ob singulorum violationem summa aliqua non ut pœna, sed ut certa et determinata solvenda sit, hæc summa ut certa et determinata habebitur. Quum Caius chirographum dedisset Julio hac conditione ut si quem ex variis actibus in instrumento dictis faceret, chirographum irritum esset, si Caius 300 libras statim Julio solveret; et quum Caius unum ex actibus istis fecisset: actione a Julio intenta declaratum est eum jus ad summam 300 librarum tanquam ad summam certam et determinatam habere. Et quum Caius se obligat ut Julium in quodam casu indemnem reddat, possunt ii ante actionem intentam inter se pacisci, ut petitori si in judicio vicerit, certa summa tradatur;

neque possunt jurati hanc summam aut augere aut minuere, eam adæquando damnis quæ revera illata sunt. Et idem dicendum est quando summa certa ob pacti violationem solvenda est; quia damna, utpote a juratis determinanda, sunt in se incerta, quorum vice ad certam summam solvendam et accipiendam litigantes se astringere possunt. Et hæc doctrina tum in lege tum in æquitate obtinet.

265. Quum contractu inito inter Caium et Julium, hic ex pacto speciali aliquid facere aut omittere tenetur, et si pactum violaverit, certam summam in modum pænæ solvere, potest Caius, pacto non servato a Julio, actionem ei intendere aut ad summam pœnalem exigendam, aut ad compensationem æquitabilem ob contractum aliqua ex parte violatum obtinendam. Si vero Caius actionem intendat ad summam pœnalem exigendam, ipse contractus irritus efficitur et pœna in debitum legale convertitur, et pœna soluta sive secundum conventionem, sive ex judicio tribunalis, non potest is postea actionem intendere neque ob pacti violationem, neque ad Julium in posterum a pacti violatione prohibendum. Summa pœnalis tum fit debitum legale, et nunquam augeri sed minui potest non solum a tribunalibus æquitatis, sed etiam juris com. modo supra exposito. Si vero actionem intendat ob pacti violationem, fieri potest ut summam etiam majorem eâ quæ in modum pænæ solvenda est obtineat et etiam mandatum quo Julius in futurum a pacti violatione prohibeatur.

Punctum Secundum.

Quanta compensatio apud tribunalia ob contractus violationem obtineri possit.

266. Nunc videndum est quanta compensatio ob contractus violationem obtineri possit apud tribunalia. Quotiescumque quis ex contrahentibus contractum violat, videtur alios contrahentes jus saltem ad damna nomine tenus obtinenda habere, etiamsi ex contractus violatione nullum damnum passi sunt. Attamen quum Caius pecuniam ex chirographo quod Julio traderat, nonnisi post tempus statutum solvisset, et hic actionem ob contractus violationem intendisset, Caius vero se defendisset ea ratione quod pecuniam solvisset, declaratum est a iudice juratos obligatos non esse ut damna etiam nomine tenus Julio decernerent, si nullum damnum ex solutionis dilatione passus esset. Quum summa ex contractu debita est certa et determinata, et nulla ratio datur quare hæc summa aut augeri aut minui debeat, tum ratio tum lex municip. exigit ut hæc ipsa summa, nec plus

nec minus, a juratis concedatur (a). Sic Caius quum matrimonium contracturus esset, rem suam ita ordinavit ut certos agros in modum fidei commissi fiduciariis abalienaret, quibuscum pactum iniit quo se astrinxit ad undeviginti millia librarum, quo debito agri abalienati onerati erant, intra annum solvenda. Quod quum facere neglexisset, quanquam nullum damnum inde evenit, actione ei a fiduciariis intenta ob pacti violationem [*an action of covenant*], coactus est summam illam solvere. In hoc casu rescripto de inquisitione a tribunali edito (b) ad rem componendam, iurati declararunt Caium cogi non debere nisi ad damna nomine tenus solvenda; sed hoc iudicium eversum est, et nova inquisitione constituta decretum est ut Caius totam summam solvere teneretur. Iterum Caius et Julius se obligarunt per chirographum ut mille libras Petro solverent, et postea pactum inter se confecerunt quo Caius se astrinxit ad totam summam ante certum diem Petro solvendam. Ob hujus pacti violationem Julius actionem Caio intendit, et hic coactus est mille libras in modum compensationis [*by way of damages*] solvere Julio, quanquam is summam debitam Petro non solverat, neque ex violatione pacti ullum damnum passus erat. In alio casu Caius qui debebat Julio quingentas libras, syngrapham ex qua debebantur sexcentæ ei tradidit ea conditione ut Julius centum libris deductis et decessione [*the discount*] facta, quicquid reliquum esset Caio traderet. Huic conditioni assensus est Julius, syngraphamque retinuit, sed nullam partem residui Caio solvit. Hic postea foro cessit, et actione intenta ab iis qui bona Caii administrabant Julius totum residuum solvere coactus est. Sed ubi summa ex contractu solvenda incerta est, v. g. quum Caius se obligat ut si qua Julius patiat damna in certo negotio ea repararet, ex dictis patet illum nonnisi damna quæ hic re vera patiat reparare teneri: et nisi inter partes conveniat de summa solvenda, hæc a juratis determinanda est. In his casibus iurati eam summam concedere possunt quæ sufficit ad reparanda damna tum quæ immediate, tum etiam quæ mediate et consequenter, ex violatione contractus secuta sunt; dummodo hæc damna, habita ratione earum rerum quæ in similibus circumstantiis evenire solent, ex ipsa vio-

(a) "But where the plaintiff declared upon an *assumpsit* to pay, as the price of a horse, 'a barley-corn, a nail for each nail in the horse's shoes, doubling every nail,' and averred that there were thirty-two nails in all, which came to 500 quarters of barley; on the cause being tried before *Hyde, J.*, he directed the jury to give the value of the horse in damages; and accordingly they gave £8. Hoc iudicium pluribus aliis postea latis confirmatum est." Chitty, p. 809, in notis.

(b) De hac inquisitione cf. infra, n. 272.

latione contractus sponte orta sint, aut rationabiliter supponi possit ex mente contrahentium quum contractum inierunt, eos putasse ea ex tali violatione secutura esse. Sic Caius caverat de sanitate equi quem Julio vendidit. Julius eundem equum vendidit Petro cui fretus testimonio Caii similem cautionem præbuit. Compertum vero est equum esse morbo affectum, quam ob rem Petrus actionem Julio intendit qui causam defendendam Caio remisit; qui vero eam non defendit. In his circumstantiis si Julius causam ipse defendisset, jus acquisisset impensas actionis a Caio exigendi, dummodo ante actionem ordinaria adhibita diligentia cognovisse non potuerit equum morbosum esse quum eum Petro vendidit. In hoc vero casu Julius actionem Caio intendere potuit, non solum ad damna exigenda eo quod hic falso affirmavit equum sanum et integrum esse, sed etiam ad impensas actionis sibi a Petro intentæ repetendas. In alio casu Caius Julium constituit procuratorem suum ad certas merces quas bonas esse oporteret emendas. Julius opera Petri proxenetæ [*a broker*] usus est ad merces quales Julius requirebat emendas; qui tamen contra mandatum sui auctoris merces deteriores emit, quas Julius Caio tradidit. Hic actione Julio intenta quod res minus bonæ essent compensationem damni et impensas actionis ab eo obtinuit. Julius postea, actione Petro intenta, juste coegit eum solvere non quantum intererat inter pretium mercium bonarum et deteriorum sed totam summam quam ipse in compensationem tum damnorum tum impensarum solvere coactus erat. Sed tribunal juste Julium jussit merces Petro tradere, aut eas vendere pretiumque Petro solvere (a).

267. Quum actione ob contractus violationem jam incepta, aliqua nova causa oritur ob quam nova compensatio exigi potest, si petitor aliam actionem ad hanc compensationem exigendam in-

(a) Accipe alios casus de hac materia lingua Anglicana expositos. "Where the tenant, under a lease which contains a covenant to repair, underlets the premises to a person who agrees to indemnify him against breaches of that covenant; and the original lessor brings an action on the covenant against his lessee, and recovers; it seems that the damages and costs recovered in that action, and also the costs of defending it, may be recovered as special damages, in an action against the undertenant for the breach of his agreement to indemnify. So, "if the defendant contract with A. to do certain work by a time named, and, by reason of the defendant's breach of this contract, A. is himself prevented from fulfilling a contract made by him with a third party; A. may recover the loss of profit thereby occasioned, as damages against the defendant; even although the contract between the plaintiff and the third party was void by the Statute of Frauds." Sed in hoc casu Petrus reus non tenetur ante sententiam Paulum petitorum indemnem reddere, eo quod hic ob violationem primi contractus secundum cum Julio initum exsequi non potuit, nisi præviderit hæc damna ex viola-

tendere possit, eam per primam actionem vindicare nequit: si vero eo tempore quo prima actio intenta est, causa ob quam hæc nova compensatio exigi potest extiterit, et petitor novam actionem ad hanc compensationem exigendam intendere nequeat, jurati non solum possunt, sed etiam debent in æstimanda summa a reo solvenda rationem habere damnorum quæ petitor ex contractus violatione *in futuro* probabiliter passurus est. Et jam data occasione diximus fenus in modum compensationis damnorum, nunc in variis casibus ex legibus exigi posse. Quum actio intenditur emptori mercium quia eas accipere recuset, quantitas damni est summa quæ interest inter pretium in contractu pactum, et pretium vulgare pro mercibus ejusdem generis solutum in nundinis publicis die quo emptor eas accipere debebat. Quum Caius certas partes rei communis societatis alicujus, quæ vias ferreas habebat, sibi ex pacto communicatas accipere recusasset, quantitas damni fuit summa quæ intererat inter earum pretium eo die quo eas accipere debebat Caius, et pretium quum postea venditæ sunt, dummodo venditæ essent intra tempus rationabile. Actione autem intenta quod venditor partes aliquas, de quibus pactum erat, emptori tradere recusaverit, quantitas damni fuit summa quæ intererat inter pretium quod convenit, et pretium quo venierunt hujusmodi partes quum venditio perfici debebat partesque tradi. Sed emptor compensationem exigere nequit propter aliquod incrementum pretii quod post diem eis tradendis statutum evenierit. Sic quoque actione intenta quod navis ædificata et tradita non sit tempore statuto, quantitas damni fuit summa quæ intererat inter pretium navigationis [*the value of the voyage*] quum navis tradi debuit, et quum reapse tradita est. Si Caius pecuniam fide publica mutuam datam, transferat in Julium ea conditione ut hic eandem summam certo die iterum nomine Caii reponat, si is hoc facere negligat,

tione primi contractus esse ventura. "In an action for the breach of a warranty of a chain cable, it was held, that the plaintiff might recover the value of the anchor to which the cable was attached, on proving that the cable was broken, and that the crew slipped it in order to avoid danger. But in an action on an undertaking to pay the plaintiff or his representatives in the event of death happening to him from a railway accident, or a proportionate part of such sum, if he sustained personal injury from such accident; it was held, that the true measure of damages was the personal injury resulting from the accident; and not the remote consequences which might follow, owing to the business or profession of the plaintiff." Chitty, pp. 811-812. "But where a man buys with a warranty and sells with a similar warranty, and the warranty is broken; the first vendee may, in an action against his vendor for breach of warranty, recover in respect of damages claimed by the second vendee, and which the first vendee has agreed to make good, although *no amount has been fixed, nor any sum actually paid.*" Id. *ibid.*

mensura damni compensandi desumetur ex pretio quo veniunt
 syngraphæ publicæ aut die quo summa debita reponi debebit,
 aut die quo causa apud judicem agitur, aut die immediate causæ
 cognitionem antecedente, ad arbitrium petitoris. Si vero post
 tempus constitutum et dum pretium syngrapharum publicarum
 augetur, reus pecuniam debitam reponere velit, mensura com-
 pensationis erit pretium quo veniunt eo die quo hoc facere volet
 [*the day on which the tender is made*]. Neque ideo potest peti-
 tor majorem compensationem obtinere, quia ob pecuniam non re-
 positam contractum valde commodum quem jam inierat complere
 non potuit. Insuper quum contractu inito inter Caium et Julium
 quo hic tenetur certo tempore pecuniam fide publica mutuam
 datam reponere, et interim fenus a republica statutum solvere [*to*
replace stock and pay dividends in the mean time], et actione ei in-
 tenta ob violationem contractus, ex sententiâ juratorum jubetur
 pretium sortis et fenus in compensationem damni solvere;
 attamen si rescriptum de errore corrigendo reo concedatur, et
 primum iudicium in gratiam petitoris confirmetur, etsi inter
 primum et secundum iudicium novum fenus debitum sit [*further*
dividends may have accrued], summa petitori solvenda ultra eam
 quæ ex sententiâ juratorum debetur non erit hoc novum fenus,
 sed usura [*interest*] debita ex pecunia ad quam ut pretium ipsius
 sortis reus condemnatus est. In quibusdam casibus reus pro in-
 iurioso [*a wrong-doer*] habebitur, et tunc juratis licebit majorem
 summam quam in aliis circumstantiis liceret, in compensationem
 damnorum concedere. Sic Caius se obligavit per chirographum
 ut beneficium cederet quandocumque Julius id peteret, quod
 tamen postea facere recusavit. Actione ei intenta ob contractus
 violationem, a iudice declaratum est juratos in compensatione
 æstimanda obligatos non esse, ut tanquam mensuram damni acci-
 perent fructus beneficii per vitam Caii percipiendos, neque ut in
 æstimandis fructibus annuis beneficii aliquid detraherent propter
 stipendium quod Caius vicario [*a curate*] solveretenebatur. Ratio
 est, quia potuit Caius cedendo beneficium se liberare a solvenda
 compensatione quæ propter hoc retentum decreta est; et quum
 hoc facere recusasset, justum erat ut insigni multa puniretur.
 Jam data occasione exposuimus quatenus Caius quocum agitur
 ob violationem contractus, ad compensationem quæ exigitur mi-
 nuendam contractus ab ipso petitore non servatos proferre possit.
 Sed hoc modo proferri non potest contractus, nisi violatus sit ante-
 quam actio intenta est.

Punctum Tertium.

Utrum quum actio intenditur ad damna ob violationem contractus exigenda necesse sit ea specialiter declarare?

268. Damna quæ patitur quis ex violatione contractus aut *necessario* aut *ex interpretatione legis* ex tali violatione sequuntur, aut alio modo ex ea eveniunt. In priore casu necesse non est ut petitor hæc damna specialiter declaret; probata enim contractus violatione quasi sponte oriuntur, et tribunal executionem iudicii non impedit [*will not arrest judgment*], ex eo quod damna nimis generaliter decreta sunt. Damna vero quæ diversa ratione ex contractus violatione proveniunt *specialia* appellantur, et hæc in declaratione specialiter enumerare necesse est, ut fiat potestas reo ad facta allata respondendi. Jam vidimus quum lite contestata [*issue is joined*] apud iudicem inter petitorem et reum, damna non sint certa et determinata, ad juratos pertinere summam æstimare quæ in compensationem damnorum concedetur. Sed lis alio modo in gratiam petitoris finiri potest, nempe per confessionem adversarii, aut quia actione intenta non se defendit, et iudicium ex defectu defensionis [*by default*] secundum petitem pronuntiatur. Idem accidit quum reus facta confitetur sed negat in eis causam esse cur actio sibi intendatur. Caius actionem v. g. Julio intendit quia is agros ipsius ingressus est. Julius factum fatetur, sed se agros ingressum esse defendit venandi causâ et dicit sibi jus esse eos idcirco ingrediendi. Caius concedit verum esse quod excipit Julius, se agros venandi causâ ingressum esse [*admits the truth of the plea*], sed negat ei jus esse agros hujus rei causâ ingrediendi [*demurs*]. Ad iudicem pertinet hanc controversiam dirimere, et si declaret Julium se ideo excusare non posse a violatione legis quod agros Caii venandi causa ingressus sit, iudicium secundum petitem feret. In his casibus *jus* petitoris ad compensationem damnorum accipiendam stabilitur, sed *quantum* accipere debeat non definitur.

269. Quoniam summa in compensationem damni solvenda in his casibus a juratis, apud quos cognita est causa, declarata non est, hæc alio modo determinanda est. Regula juris generalis est, ut hæc summa a juratis definiri debeat. Quum summa hoc modo determinanda est, rescriptum habendæ inquisitionis a tribunali in quo iudicium pronuntiatum est ad Geræfam [*the sheriff*] comitatûs ubi damnum illatum est transmittitur, qui duodecim viros juratos convocare jubetur, et cum illis inquirere quantum ad damnum compensandum solvi debeat. Non autem ipse Geræfa in hac

inquisitione facienda, sed is qui ejus vice fungitur [*the undersheriff*] tamquam judex præsidet. Inquisitione finita Geræfa tenetur id quod adjudicatum est renuntiare tribunali, in cujus tabulas refertur, et reus ipsam summam sic determinatam petitori solvere tenetur. Attamen judices censent se ad hanc inquisitionem instituendam obligatos non esse, seque hoc facere non ad rem definiendam, sed ut ipsi de re edoceantur ad eam recte adjudicandam; ideoque ipsum tribunal summam solvendam per se determinare posse, aut hoc officium Magistro tribunalis mandare. Itaque a multo tempore usus invaluit ut petitor obtenta sententia interlocutoria modo exposito quæ, quantum ad jus petitoris stabiliendum attinet, eandem habet vim quam sententia definitiva, quum actio intenta esset ad summam determinatam, quæ deberetur ex syngraphis [*bills of exchange*] aut ex chirographis [*promissory notes*] aut ex instrumentis sigillo munitis exigendam, se conferret ad tribunal tempore termini legalis [*to the Court in term time*], aut ad aliquem ex judicibus tempore feriarum [*vacation*], ad mandatum obtinendum quo reus rationem proferre teneretur, quare Magistro tribunalis non demandaretur ut summam solvendam computaret, et quare sententia definitiva, nulla inquisitione habita, contra ipsum non pronuntiaretur. Nisi reus rationem redderet quare hoc fieri non deberet, officium computandi summam solvendam magistro demandatum est, quo facto sententia definitiva lata est qua reus hanc summam solvere coactus est. Olim quidam erant casus in quibus tribunalia inquisitionem exigebant, etsi summa solvenda nullo modo ex opinione et prudentia juratorum, sed ex mera computatione æstimari debuit (a); nunc vero per 15 et 16 Viet. c. 76, s. 94, statutum est ut tribunali aut judici liceat rescriptum inquisitionis non concedere, quandocumque ipsi videbitur summam solvendam ex mera computatione definiendam esse.

270. Quum petitor eadem lite, ex pluribus causis conjunctis diversorum damnorum compensationem postulat [*when the declaration contains several counts*], tutius est ut jurati quænam compensatio fieri debeat ex singulis causis æstiment; si enim una ex causis allatis, sive repugnante jure sive quia non constet de facto, probari nequeat [*if one of the counts be bad*], tribunal actionem novam seu ut loquuntur jurisperiti, *venire de novo* reo non concedet, sed executionem sententiæ circa hanc unam causam tantummodo restringet. Quum vero, pluribus diversis causis a petitore allatis, ex quibus singulis compensationem damnorum postulat, una aliqua probari nequit, jurati compensationem gene-

(a) Cf. Chitty, p. 815, et Steph., vol. 3, p. 687.

ralem, ratione non habita singularum causarum concedunt, tribunal nunc plerumque executionem iudicii non restringet, sed causam de novo apud alios juratos cognosci jubebit [*the Court will not arrest judgment, but will award a venire de novo*]. Sed quum ex eadem causa [*count*], duo postulata exiguntur, quorum unum tantum actione exigi potest, tota compensatio a juratis concessa ad postulatum ad quod exigendum actio legaliter intendi potuerit ascribetur, et tribunal neque petito rem a iudicio exsequendo restringet, neque novam actionem concedet. Etsi quando iurati compensationem immoderatam concedunt, tribunalibus licet jubere ut nova actio intendatur, et aliquando hoc fit, plerumque tamen recusant iudicium ob hanc causam evertere, neque novam actionem concedunt, nisi iis videtur juratos in damnis aestimandis falsam quandam iudicandi rationem secutos esse. Et præsertim ubi agitur de compensatione concessa ob violatam promissionem matrimonii, nova actio ea de causa quod compensatio nimia esse dicitur, vix unquam conceditur. Tribunalia etiam, quando hoc justum videtur, novam actionem ad damna minuenda recusant, etiamsi damna dantur ob causam quæ, quia erratum est in formula declarationis, ad stricti juris regulam probari nequit, dummodo causa ipsa sit justa, et stricte probari posset si declarationis formula aliis verbis concepta esset; quia in hoc casu nova actio concessa nullo modo reum juvaret, sed tantummodo eum novis impensis oneraret. Ex altera vero parte, quum haud satis magna esse dicitur compensatio, vix unquam hac re adducentur tribunalia ut novam actionem concedant, præsertim quando quantitas damni incerta est; si autem certa sit, ut v. g. summa ex chirographo debita, et nulla ratio allata sit quare imminui debeat, et iurati summam minorem concesserint, videtur novam actionem concedendam esse. Insuper tribunalia aliquando sententiam ex inquisitione latam evertunt propter aestimatam compensationem haud satis magnam. Sed quum compensatio computata est ex rationibus quibus patroni utriusque partis assensi sunt, tribunalia iudicium non evertent, etiamsi patroni jurent se deceptos esse in aliqua re quam tamquam fundamentum computationis sumpserunt. Et etiamsi ex ipsis tabulis constet totam pecuniam datam in compensationem damnorum et impensarum, male computatam esse, hoc non sufficiet ad iudicium evertendum, sed error simpliciter corrigendus est. Non licet iuratis concedere petitori summam majorem quam quæ in declaratione postulata est; et error existet si iudicium quo summa major petitori solvi jubetur, in tabulas referatur [*it is error, if judgment be entered for the excess*], neque ea a petitore exigi potest. Sed petitor errorem sanare potest remittendo tantum quantum superat [*by entering a*

remittitur of the surplus] antequam iudicium in tabulas refertur; aut suam declarationem emendare potest novamque actionem intendere.

271. Quod attinet ad damna quæ ex actu aut omissione cuiuslibet sequuntur non immediate sed remote, et consequenter, sive per interpretationem legis, nisi is hæc præviderit saltem in confuso, et ita ut per hæc ipsa graviter justitiam læserit, ea ante sententiam minime reparare tenetur. Theologi satis communiter dicunt hominem teneri reparare damna quæ ex ipsius actione injusta proveniant, dummodo hæc prævidere potuerit et debuerit. Hæc doctrina est vera aut falsa pro sensu quo dicitur eum prævidere *debuisse*. Si enim sensus sit illum hominem in circumstantiis in quibus erat injuriam et damnum prævidere debuisse, et ideo ante sententiam ad restitutionem teneri, etiamsi de injuria non cogitaverit, neque gravem culpam contra justitiam hoc damnum inferendo admiserit, doctrina falsa est, ut in tractatu de restitutione demonstrabimus. Si vero sensus sit hunc hominem quamvis injuriam secuturam præcise et certo non præviderit, attamen prævidisse talem injuriam probabiliter ex suo actu secuturam, et propterea se obligari ex justitia ne hunc actum perficiat, doctrina vera est. Sed hæc ad tractatum de restitutione pertinent ubi latius exponentur; ibi insuper dicitur quatenus quis sive in contractibus et quasi contractibus, sive extra contractus, ad restitutionem faciendam ex culpa mera juridica teneatur, sive ante sive post iudicis sententiam. Regulam generalem juris municip. in hac materia supra n. 269 exposuimus, ubi plura quoque exempla ad eam illustrandam protulimus.

PARS SECUNDA.

DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

CONTRACTUS dividuntur in gratuitos ex quibus una tantum pars commodum accipit; et in onerosos ex quibus commodum ab utraque parte percipitur (a). Agemus primum de contractibus gratuitis, et postea de onerosis. Præcipui contractus gratuiti sunt; 1. promissiones gratuitæ; 2. donationes; 3. testamenta; 4. commodata et precaria; 5. deposita et sequestra; 6. mandata et gestio negotiorum; et 7. mutua et usura. De mandatis et gestione negotiorum alienorum jam egimus ubi contractus per procuratorem initos exposuimus. Itaque de sex aliis speciebus contractuum gratuitorum nunc tractandum est.

DISPUTATIO SEPTIMA.

DE PROMISSIONIBUS GRATUITIS SPECTATO JURE TUM NATURALI TUM MUNICIPALI.

§ 1. De promissionibus gratuitis spectato jure naturali.

272. In hac materia primum exponenda est vis promissionis spectato solo jure naturali, deinde præscripta juris municip. proferemus. Et in primis “præ oculis habenda est,” ut rite observat Lugo (b) “differentia inter *propositum* et *promissionem*: nam *propositum* etiam exterius expressum solum est voluntas præsens aliquid postea faciendi, nulla sibi ad hoc *nova obligatione* imposita: unde licet alioquin *propositum* sit de re aliunde sub peccato debita, quale est *propositum* non peccandi, quod pœnitens in confessione habet, non tamen affert obligationem novam, quia

(a) Cf. sup. n. 15.

(b) De just. disp. 23., sec. 1^a nn. 1 et 2.

proponens *non intendit sibi aliquam aliam turpitudinem adjicere contra aliquam virtutem*, si propositum non observet. Promittens vero non solum explicat propositum faciendi, *sed intendit se aliquo modo ligare*, ita ut si promissum non observet, *id opponatur contra aliquam virtutem, sive fidelitatis, sive justitiæ*. . . . Dixi autem proponentem non intendere sibi novam obligationem imponere; non enim nego, quod ex ipsa violatione propositi boni consequi possit aliqua turpitudine, nam qui *repetito et firmiter* proponit circa aliquod bonum faciendum, vel peccatum vitandum, si facile deficiat, negari non potest quod contrahat novam turpitudinem inconstantiae, quæ inconstantia in bono suscepto reprehensibilis est, et de qua dictum est Luc. 9, *nemo mittens manum ad aratrum et respiciens retro aptus est regno Dei*. Et opponitur constantiae, seu perseverantiae in bono suscepto. Hanc tamen inconstantiam *non intendit* sibi injicere, qui proponit, si deficiat, sed consequitur ex natura rei etiam præter, et contra ejus intentionem. Promissio vero affert obligationem et turpitudinem, ad quam promittens *vult se obligare* si a promissione deficiat, per quod differt maxime a simplici proposito.” Ex dictis etiam supra, ubi de obligatione contractus egimus, manifestum est “intercedere debere ad veram promissionem ex justitia actum voluntatis, quo aliquis velit vere se obligare: alioquin, quamvis velit exprimere exterius obligationem, non erit promissio vera, sed ficta. Suppono etiam, debere intercedere ad promissionem *humanam obligantem* signa externa, quibus obligatio significetur. Quare requiritur etiam *voluntas talis significationis, et expressionis externæ*: si enim aliquis haberet quidem interius voluntatem se obligandi, sed nollet id significare, aut exprimere, atque ideo expressio, vel signa externa essent illi involuntaria, et præter intentionem exprimeret talem voluntatem, non obligaretur, quia illa non fuit actio humana.” Itaque ad promissionem ex justitia obligantem constituendam intrinsecus necessarium est ut promittens habeat intentionem internam se obligandi, et ut hæc intentio modo humano exterius manifestetur. Si vero ex promissione Caii ficta Julius damnum patiat, hoc damnum quantum prævisum est, ille reparare tenetur, et si hoc aliter fieri nequit quam vere et ex animo promittendo, ad hoc obligatur.

273. Necessarium omnino esse consensum tum internum tum externum ad contractum ratum et validum conficiendum supra, n. 91 et seq. probavimus. Utrumque omnino necessarium esse ad obligationem justitiæ inducendam certum est, et communissime a theologis agnoscitur. Contendit autem Lugo (a) post Vasquez

(a) Loc. cit., n. 11 et seq.

et alios quos affert, Caium qui promittit Julio se ei legaturum centum libras, sine animo se obligandi, teneri hanc promissionem, non quidem ex justitia, sed ex fidelitate implere. “Ratio autem est,” ait (a), “quia sicut veracitas in affirmando obligat ad conformanda verba externa cum mente, sic fidelitas obligat ad conformanda facta cum dictis, seu cum verbis; veracitas autem ita obligat ad conformanda verba cum mente ut non excuset ab hac obligatione defectus solus intentionis affirmandi; non enim excusatur a mendacio in rigore, qui exterius affirmat scienter falsum, licet interius dicat, se non intendere per illas voces suam mentem exprimere.” Sed revera hæc quæstio est fere omnino de nomine. Concedimus eum mendacii reum esse, qui aliud habet in mente, et aliud exterius verbis vel signis exprimit. Sed quando dicit Lugo fidelitatem obligare ad conformanda facta *cum dictis*, totam supponit quæstionem; fidelitas enim ut fatetur ipse Lugo, cujus verba statim proferemus, est virtus quæ voluntatem inclinat ad *fidem datam* servandam, ut etiam ipsum nomen satis significat. Sed qui tantummodo exterius aliquid promittit neque interius vult ullam inducere obligationem, fidem non dat, sed mentitur falsum significando. Deinde, etsi agnosco auctores quando loquuntur de obligatione contractus signis externis sine animo contrahendi initi, præcipue ad obligationem justitiæ attendere, attamen indiscriminatim dicunt talia verba nullam obligationem inducere. “Quæritur,” ait S. Alphonsus (b), “an si quis externis signis contraheret, sed sine contrahendi animo, *in conscientia* teneretur ad contractum? Resp. negative ex communi cum Sanch, Lugo, &c.,” et ipse Lugo expresse docet, si consensus interaus fuit fictus, contrahentem *ad nihil* teneri, nisi deceptus aliquod aliud damnum ex deceptione passus sit (c). Sed si verba externa sine intentione promittendi prolata semper obligationem fidelitatis inducerent, doctrina exposita falsa esset; quia qui fecte promisisset, secluso omni damno, facta dictis conformare, et ex virtute fidelitatis contractum fecte initum implere teneretur.

Insuper ipse Lugo (d) contendit nullam esse *promissionem*, deficiente voluntate interna. Contra suam doctrinam proponit hanc difficultatem: “Qui promissionem violat, dicitur violare fidelitatem; fidelitas autem pertinet ad veritatem; quæ quidem verbis externis competit, aut signis, ergo in illis consistit etiam promissio. Responderi posset, *fidelitatem* partim convenire cum *veracitate*, partim differre ab eo, quatenus si veracitas inclinat ad non significandum per verba contra id quod est in mente, ita fide-

(a) n. 12.

(b) De vii. præcepto, lib. 3, tr. v. n. 709.

(c) De just. Disp. 22, n. 49.

(d) Disp. 23, n. 5 et seq.

litas inclinatur ad non ponenda facta contra id quod *promissum est, seu contra datam fidem*. Differt vero, quia veracitas solum vult *conformitatem verborum cum judicio loquentis: fidelitas vero vult conformitatem factorum non cum significatione verborum, sed cum fide data; qui autem non habuit animum se obligandi, non dedit fidem*, sed finxit se fidem dare, ut patet in contrahente fide matrimonium, vel fide vövente: quare in rigore *non obligatur ex fidelitate* ad id quod apparenter, et non vere promisit.”

274. Ex supra dictis de natura contractus patet ex promissione nullam nasci obligationem, nisi signis externis manifestetur et a promissario acceptetur. Quum vero quis rem aliquam sibi accipit præsumpta domini voluntate nixus, hanc non acquirit titulo promissionis gratuitæ, sed titulo *occupationis*, quatenus præsumit dominum rei invitum non esse ut eam occupet, suamque faciat. Quod attinet vero ad acceptationem, negat Molina (a) hanc necessariam esse de jure naturæ; quia revera promissio gratuita in quibusdam casibus obligat sine acceptatione, quod fieri non posset, si hæc necessitas ex ipso jure naturæ oriretur. Sententia vero communis (b) et vera tenet acceptationem etiam de jure naturæ in contractibus etiam promissionis gratuitæ et donationis necessariam esse (c). Quia quamvis quis possit dominium rei suæ amittere sola voluntate, non tamen potest sola voluntate efficere ut dominium rei suæ ad alium transeat sine hujus consensu et acceptatione, sed promissionem quis accipere potest per se aut per alium. Sic si Caius mittit Julium ut petat mutuum aut commodatum a Petro, qui se id daturum promittit, acceptatio Julii omnino sufficit, neque necesse est ut signis externis manifestetur; namque ex communi hominum consensu silentium in hoc casu sufficit, et revera ipse Caius mittendo Julium ad mutuum rogandum acceptationem suam clare manifestat. Item Parentes et tutores promissiones pro liberis suis et pupillis accipere possunt, religiosus pro monasterio, et Prælati pro ecclesia; et quoniam promissiones gratuitæ in commodum solius promissarii fiunt, silentium acceptationi expressæ plerumque æquivalet. Sed hæc omnia spectato jure tum naturali tum municip. supra n. 100 et sequentibus exposuimus.

Quod attinet ad jus municip., nullam actionem concedit quæ executio contractus gratuiti, nisi sigillo promissoris muniatur exigi possit. Nullo tamen modo vult lex obligationem naturalem

(a) Tom. 2., Disp. 363.

(b) Hanc tenet Sotus de Just., lib. 3. q. 5, a 3. Lessius de Just. cap. 18, dub. 6, n. 39. Lugo disp. 23, s. 3, et alii communiter.

(c) Quod attinet ad infantes, voluntas necessaria ad rem accipiendam jure gentium suppletur. Cf. tract. de Just. n. 445.

promissionis gratuitæ auferre, et ideo nunc inquirendum est qualis obligatio naturalis ex promissione rite data et acceptata oriatur.

275. Hic iterum advertendum est magnum esse discrimen inter propositum quo quis alteri manifestat intentionem aliquid in ejus commodum agendi, et promissionem quo se ad idem agendum astringit. Propositum est *actus voluntatis quo quis alteri declarat se nunc ipsam habere intentionem aliquid postea in ejus gratiam faciendi aut omittendi*. Sicut enim Caius firmam habere potest intentionem mille libras legandi Petro, ad id non se obligans; sic huic dicere potest, habeo intentionem hanc summam tibi legandi, aut hanc summam tibi legabo nullo modo se ne fidelitate quidem, obligans ad hoc faciendum. Ad veritatem enim hujus propositionis sufficit ut Caius præsentem habeat intentionem hanc summam dandi Caio, et ut judicet se, etsi nulla sit obligatio, hoc postea facturum. Insuper quamquam non requiritur ut promittens intentionem habeat explicitam se obligandi, sed sufficit virtualis implicita, quam habet is qui serio vult aliquid alteri promittere, attamen non solum necesse est ut promissio non procedat ex errore aut dolo aut metu, sensu supra exposito, sed præterea ut promittens moraliter certus sit se veram promissionem, et non simplex propositum proferre voluisse; nam sine ulla contentione quando agitur de promissione gratuita, dubium in gratiam promittentis interpretandum est. Itaque quæstio est qualis obligatio ex promissione *vera et certa* oriatur?

276. Quæstio respicit promissionem per se sumptam, et secluso alio damno quod extrinsecus per promissionis violationem inferitur. Si enim Caius pecuniam mutuam Julio promisit, quam ob rem hic aliam pecuniam mutuam non obtinuit, et nunc tempore opportuno obtinere nequit, certe Caius (nisi legitime excusetur) pecuniam mutuam præstare tenetur, et si id non fecerit, ad damnum inde secutum reparandum obligatur. Quod attinet vero ad ipsam promissionis obligationem tres sunt sententiæ: prima docet omnem promissionem gratuitam in materia gravi obligare sub gravi (a): secunda negat hanc obligationem in ulla materia esse gravem, utpote non in justitia sed in fidelitate innixam (b): tertia dicit esse gravem vel levem secundum intentionem promittentis (c). Nobis videtur primam sententiam quæ docet promis-

(a) Cf. Sanchez de Mat. lib. 1., disp. 5, n. 20, Layman, lib. 3. tr. 4, c. 12, n. 1, et alios plures quos afferunt Salmanticenses de Contractibus cap. 4, n. 79.

(b) Salmant., loc. cit. n. 82 et seq., qui n. 86 plures auctores pro hac sententia adducunt.

(c) Molina, tom. 2, de just. disp. 262 in fine, Lugo disp. 23, n. 90 et alii plures.

sionem gratuitam inducere obligationem ex genere suo gravem, rejiciendam esse saltem quatenus ad usum spectat. Namque ut bene argumentatur Lugo (a): "Promittere ex fidelitate est dare fidem alteri de re facienda, seu petere ab eo spem et fiduciam, sicut qui aliquid affirmat, petit ab audiente fidem . . . quare qui promittit, hoc ipso se obligat ad eam turpitudinem subeundam, si promissa non impleat, quam patitur infidelis . . . Hoc est proprie se obligare ex fidelitate, quod aliqui appellant obligari ex solo debito honestatis moralis. Hoc autem totum non continet obligationem vel malitiam gravem ex genere suo, si aliud detrimentum non sequatur: quia sicut deceptio in re affirmata absque alio detrimento non continet malitiam gravem, licet affirmans reddat se indignum fide; ita deceptio in promissis absque alio detrimento non videtur continere "malitiam gravem; nullum enim detrimentum infertur proximo, nec ullum ejus violatur jus, sed solum promittens reddit se indignum cui homines possint fidere: ergo promissio ex sola fidelitate non obligat per se loquendo sub peccato mortali nisi aliud detrimentum promissario inferatur ex fide non servata."

277. Argumenta quæ contra hanc doctrinam proferuntur non magnam vim habent. Primo enim argumentantur ex eo quod pactum nudum obligationem gravem inducit: sed promissio acceptata efficit pactum nudum. Distinguenda est minor: pactum nudum efficit promissio gratuita si promittens vult se ex justitia obligare conc.; si ex fidelitate tantum neg. Per pactum nudum juris civilis secundum communem acceptionem intelligebatur pactum in quo adesset voluntas se obligandi ex justitia, cujus tamen impletio ex defectu solennitatis apud judices exigi non posset. Si quis vero per pactum nudum mavult intelligere pactum ex fidelitate tantum obligans, negamus ex tali pacto obligationem gravem oriri. Secundo: violare obligationem circa rem gravem est mortale, sed qui violat promissionem in materia gravi, violat obligationem circa rem gravem. Dist. majorem: violare obligationem gravem est peccatum lethale conc.; violare obligationem levem circa rem gravem est peccatum lethale, neg. Potest obligatio levis versari circa objectum materiale maximi momenti. Sic Caius obligatur ne mendacia dicat, attamen si falso dicat Julio Gallos vicisse Germanos in quodam magno prælio, aut Petrum mille libras Julio legasse, quanquam objectum materiale est grave, attamen peccatum est leve, si, quod suppono, nulla injuria obvenit Julio ex hac deceptione. Hoc idem dicendum est si Caius ex sola fidelitate se obligaverit ut centum libras

(a) Loc. cit. n. 92 et seq.

Julio leget; quia nullum *jus* Julii violatur, et sicut tenetur Caius tantummodo ob convictum humanum, et quia hoc decet virum probum, ex veracitate verba conformare menti *præsenti*, ita ex eisdem causis tenetur ex fidelitate facta sequentia ad verba præterita conformare. Hæ vero causæ per se non obligant sub gravi, sed sub levi; quod etiam probatur ex modo quo se gerunt homines justî, qui non putant se reos esse peccati lethalis quum mutata intentione promissionem implere recusant, neque judicant se ob hanc causam ad restitutionem faciendam obligari. Insuper si ab iis peteretur ut promissionem juramento aut instrumento legali confirmarent, responderent se nolle tam gravem obligationem in seipsos inducere.

Diximus hanc primam sententiam rejiciendam esse saltem quatenus spectet ad usum; quia ex dictis contraria opinio quæ docet obligationem ex fidelitate per se sumptam non esse gravem, nobis longe probabilior videtur, et eam esse probabilem ipsi adversarii non negant. Sed sane in dubio, præsertim in materia justitiæ, melior est conditio possidentis. Itaque ante rei traditionem, promissor qui tantummodo ex fidelitate eam tradere tenetur, ad hoc sub gravi minime obligatur. Post traditionem contractus transit in donationem, et res donata sub dominio donatarii constituitur, quam donator repetere nequit.

278. Secundam sententiam sic probant Salmanticenses (a). “Quemadmodum qui *solum se vult* obligare ex voto, non se *vult* obligare ex justitia: ergo similiter qui *nude vult* promittere, et *non vult* promissioni aliquid adjungere, *quo civiliter* obligetur, non vult se obligare ex justitia; imo id non potest, sicut non potest se obligare ex religione, *si nude duntaxat vult promittere, et nec votum nec juramentum* adjungere promissioni. Nec obstant quæ pro sua parte adducunt patroni secundæ sententiæ; non enim negamus posse quemlibet ex se ex justitia obligari nullo debito præcedente . . . attamen qui vult se obligare ex justitia, si hoc vult efficaciter, et cum effectû, debet facere exterius contractum obligatorium ex justitia, vel quia donat, et transfert dominium, vel quia promittit civiliter adjuncta scriptura, et testibus, ut a judice possit cogi.” Agnoscimus his probari eum qui nude promittat nullam aliam obligationem nisi fidelitatis suscipere, sed minime probatur eum, spectato jure naturali, obligationem naturalem justitiæ suscipere non posse sine solennitatibus necessariis ad obligationem civilem inducendam. Equidem si lex civilis irritaret etiam in foro conscientiæ promissiones sine solennitatibus legalibus initas, fieri posset ut promissio nuda irrita esset in foro conscientiæ non ex jure naturali sed ex jure civili.

(a) Loc. cit. n. 82, in fine et n. 83.

Sed quum hoc non facit lex municip., sane promissio quæ ex se non obligat in foro conscientiæ nisi ex virtute fidelitatis, accidentibus solennitatibus civilibus non obligaret ex justitia in eodem foro. Hæ solennitates nullam habent vim nisi contractum confirmandi in foro civili; sed quum servantur indicant promittentem voluisse se obligare etiam in foro conscientiæ. Ad comparisonem ex religione adductam vix necesse est ut respondeamus. Dicunt enim promittentem *non velle* aut votum aut juramentum promissioni adjungere; et ideo promittentem *non velle* obligationem religionis suscipere. In nostro vero casu Caius vult se ex justitia obligare ad centum libras Julio dandas, hancque intentionem huic significat quæ ab eo accipitur. Quare ergo non teneretur Caius ex justitia hanc summam solvere? “Loquendo de possibili,” ait Lugo (a), non apparet cur non possis gratuito, et sine ullo debito præcedente, velle te ex justitia obligare alteri. . . . Sicut enim potes donare ei gratuito domum, atque ideo transferre in ipsum jus aliquod reale in domum, quod sit objectum propriæ justitiæ; cur non poteris etiam gratuito transferre in eum jus non in re sed ad rem, et constituere te debitorem ipsius ex debito justitiæ?”

279. Quæri etiam potest de hac sententia an liceat invocare principium reflexum, *quod in dubio melior est conditio possidentis*, ideoque dicere Caium qui expresse voluerit se obligare ex justitia, hancque intentionem Julio manifestaverit, a quo etiam acceptata sit, non teneri ex justitia hanc promissionem adimplere? Ut verum fatear, mihi hæc sententia non videtur esse satis probabilis ut fundamentum præbeat judicio reflexo. In ejus gratiam perperam adducitur S. Thom. 2. 2. q. 88, a. 3, ad 1 (b), ubi ait: “Dicendum quod secundum honestatem, ex qualibet promissione homo homini obligatur, et hæc est obligatio juris naturalis. Sed ad hoc ut aliquis obligetur ex aliqua promissione obligatione civili (*id est, ex justitia* aiunt Salmant) (c) quædam alia requiruntur.” Sed in hoc loco ubi S. Thom. non agit de justitia sed de voto, per obligationem civilem non intelligit obligationem naturalem justitiæ, sed obligationem quæ *secundum institutionem legis humanæ* obligat. Hoc patet ex argumento cui in verbis citatis respondet. “Promissio simplex,” ait, “homini facta non obligat ad observandum, secundum institutionem legis humanæ; quod esse videtur institutum propter mutabilitatem humanæ voluntatis.” Et hoc confirmatur ex oppositione inter obligationem *juris naturalis* et *juris civilis*, quæ in ipsa responsione ponitur. Et sane in hoc loco S. Thom. loquitur de promissione qualis

(a) Loc. cit. n. 91.

(b) A. Salmant., loc. cit. n. 86.

(c) Loc. cit. n. 84.

communiter fit inter homines, quæ ut statim dicemus non obligat ex justitia, nisi adhibendis solennitatibus lege præscriptis aut alio modo promittens significet se habere intentionem ex justitia se obligandi.

280. Sed quod attinet ad usum, fatemur hanc sententiam non multum a tertia discrepare; namque auctores tertiæ sententiæ, quam finibus infra signandis definitam amplectimur, fatentur promissorem rarissime velle se ex justitia obligare, nisi servatis solennitatibus se ex jure ad rem promissam præstandam astringat. “In promissione gratuita,” ait Lugo (a), “*plerumque deest animus obligandi se ex justitia: si tamen promittens dicat volo me graviter obligare, jam eo ipso vult implicite se ex justitia obligare, cum non possit ex sola fidelitate se ita graviter obligare. Unde Molina disp. 262, n. 8, dicit in ejusmodi gratuitis promissionibus homines ut plurimum, nisi aliud exprimant, velle solum ex fidelitate obligari.*” Insuper iidem agnoscunt (b) in dubio utrum quis se obligare voluerit ex justitia an ex fidelitate, obligationem fidelitatis tantum contrahi. Et idem dicendum est si promissarius ignoraverit promissorem voluisse se graviter obligare, dummodo ille veritate cognita promissionem quæ nondum retractata fuerit, in sensu promissoris ne acceptaverit (c). Neque interest utrum verbis promissio facta sit an scriptis, nisi hæc scripta ad normam juris conficiantur; quia utroque modo potest promissor se ex fidelitate tantum obligare, et ita ejus mens interpretanda est, nisi certum est eum voluisse ex justitia se obligare. Denique dicunt ad constituendam materiam gravem, etiam quando promissor vult se ex justitia obligare, requiri quantitatem quadruplo majorem quam in furto; quia ex communi hominum sensu longe gravior injuria est auferre alteri rem suam ipso invito, quam res nostras proprias etiam ex justitia promissas alteri non tradere (d). Insuper agnoscit Sanchez (e) qui in hac materia rigidiorē amplectitur sententiam “*plurimas promissiones excusari posse a mortali, quia per eas non intendunt homines se obligare præcise, sed ex quadam benevola honestate, vel ignorant tantam ex simplici promissione consurgere obligationem, existimantes solum obligari ad suum tuendum honorem: unde in proverbium abiit, verba urbanitatis minime obligare.*” Denique notandum est promissionem gratuitam non obligare, si res promissa fiat nociva aut inutilis promissario, aut illicita, aut si circumstantiæ ita immutentur, ut

(a) Loc. cit. n. 93.

(b) Molina, t. 2, disp. 262.

(c) Cf. Lugo, loc. cit. n. 83.

(d) Vide alias rationes ap. Sanchez. de Mat., lib 1. disp. 5, n. 14.

(e) Ibid n. 21.

si prævīsæ essent facta non fuisset promissio; puta si Caius promiserit se "Julio daturum equum ad equitandum, et Julius paralyti correptus equo incedere non possit, aut si Petrus se agros suos legaturum promittat quia liberos non habeat et filius ei postea inopinato natus est. "Dicendum," ait S. Thom. (a), "quod ille qui aliquid promittit, si habeat animum faciendi quod promittit non mentitur, quia non loquitur contra id quod gerit in mente; si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest autem excusari . . . si sunt mutatæ conditiones personarum et negotiorum."

§ 2. *Quid requiratur ut promissio in foro civili valeat, ita ut ejus exsecutio apud tribunalia exigi possit?*

281. Ut promissio simplex, id est quæ solennitate facti non munitur, obligationem in foro civili inducat, omnino necesse est ut pro ea aliquid quod pretio æstimabile est, [*a valuable consideration*] aut datum aut promissum sit. Sed quodvis pretium æstimatione dignum, seu *quid pro quo*, ut loquuntur jurisperiti, præstitum aut præstandum, ab eo cui alter se ex promissione astrinxit, sive est commodum conferendum, sive incommodum sustinendum, sufficit ut promissio apud tribunalia et in foro civili valeat. Si enim nulla intercessit vis nec dolus, lex vix unquam contractus executionem decernere recusabit, propter pretii inæqualitatem aut insufficientiam. Quanquam autem promissio pro qua pretium æstimabile non datur in lege non obligat, non semper requiritur ut ipse contractus ex qua promissio lege non obligans oritur sit in *sua specie* contractus onerosus. Promissio qua v. g. Caius se obligat ut mille libras mutuas Sylvio det proxima hebdomade sine ullo fenore aut pretio non obligat in foro civili; sed si Caius pecuniam mutuam det sine ullo fenore aut pretio Sylvio, hoc plane sufficit. ut ille promissionem suam pecuniam tempore statuto solvendi exsequi teneatur; quia quam contractus est gratuitus, Sylvius utique pretium sufficiens pro sua promissione accepit. Idem dicendum est de promissione illius qui se obligat ad rem alienam restituendam quam ex contractu gratuito commodati aut precarii accepit. Mutuæ etiam promissiones de rebus pretio æstimabilibus sufficiunt ad seipsas mutuo stabiliendas; tunc enim una est pretium sufficiens pro altera. Pronuntiatum illud juris civilis, quamquam non in eodem præcise sensu (b), *ex nudo pacto non oriri actionem*, in jus nostrum invec-

(a) 2. 2. q. 110, a. 3. ad 5.

(a) De significatione hujus pronuntiati cf. si lubet: *Juris Romani Elementa* a Delvincourt, Lib. 3, Tit. 14, De obligationibus; et sup. n. 279.

tum est. In nostro jure significat promissionem quæ neque facto neque alia solennitate specialiter munita est, et pro qua pretium æstimatione dignum datum non est, nullam obligationem civilem parere. Idem præscriptum in jure quoque Gallico invenitur (*a*). In jure Scotico, promissiones gratuitæ semper ratæ et firmæ sunt contra ipsum promissorem ejusque heredes, non autem valent semper contra jura creditorum. Talis autem promissio in Anglia et Hibernia nullam vim in foro civili habet, etiamsi scriptis mandata est, aut etiamsi instrumentum in modum syngraphæ aut chirographi confectum est. Attamen hoc intercedit discrimen inter promissionem in modum syngraphæ aut chirographi confectam et alias promissiones simplices, quod in his incumbit promissario necessitas probandi se pretium æstimatione dignum dedisse, in illis vero nisi suspicio fraudis exsistat, in jure præsumitur pretium sufficiens pro promissione datum esse, et ideo onus probandi in promissorem conjicitur. Actione vero intenta ad exigendam executionem promissionis in modum syngraphæ aut chirographi confectæ, potest promissor se excusare probando pretium æstimatione dignum pro ea datum non esse (*b*).

282. Quanquam, ut supra diximus, contractus qui solennitate facti firmanur, plerumque non indigent pretio ut sint rati et firmi, attamen ibidem monuimus quosdam contractus etsi facto confirmatos pretio indigere. Pretium, *quantum attinet ad facta*, duplicis est generis, pretium *bonum* et pretium *æstimatione dignum* [*a good consideration and a valuable consideration*]. Pretium bonum in amore naturali consanguineorum fundatur, et non justitiæ virtute sed pietatis nititur: pretium vero æstimatione dignum est compensatio quæ in virtute justitiæ innititur (*c*). Facta quibus agri per venditionem et emptionem [*bargain and*

(*a*) L'obligation *sans cause* ou sur une fausse cause, ou sur cause illicite, *ne peut avoir aucun effet*. Code Civil, Book 3, tit. 3, s. 4. ap. Chitty, p. 17, n.

(*b*) "In an action between the immediate parties to a bill or note, as between the owner and acceptor of a bill, or the payee and maker of a note, or between the indorser and *his* indorsee of either of those instruments—if it be proved that the plaintiff gave, and that the defendant received, no value, the action will fail. And so, although where the plaintiff is a distant indorsee of a bill or note, and took it for value, it is of no avail to the defendant to show, that there was no consideration *between himself and the third party who received the bill from him*; yet, if in such a case, the defendant is able to show that *neither the plaintiff nor any intermediate holder between himself and the plaintiff* gave value for the bill or note, this will be a good defence to the action." Chitty, pp. 17-18.

(*c*) "A *good consideration* is such as that of blood, or of natural love and affection, when a man grants an estate to a near relation: a *valuable consideration* is such as money, marriage, or the like, which the law esteems as an equivalent given for the grant; and is therefore founded in *motives of justice*." Id. p. 18.

sale] ope statuti de usibus abalienantur, pretio æstimatione digno indigent; etenim venditio emptio sine pretio repugnat. Quum vero Caius paciscitur per factum agrorum suorum seisinam tenere in gratiam Julii consanguinei sui, consanguinitas est pretium bonum ex quo hic contractus ratus et firmus efficitur. Sed his modis abalienandi specialibus exceptis (*a*), potest quis per factum possessiones et res suas cuilibet sine ullo pretio tradere; sed hoc intercedit discrimen inter abalienationes facto confectas sine ullo pretio, aut quæ pretio tantummodo bono nituntur, et eas pro quibus pretium æstimatione dignum solvitur, quod priores ratæ et validæ sunt interipsos contrahentes, non autem semper contra alios; pretium vero æstimatione dignum, seclusa fraude, factum ratum et validum contra omnes omnino efficit. Sic si Caius, qui mille libras debet Julio, agros suos abalienet Petro per factum quod nullo pretio aut pretio tantummodo bono nititur, hoc factum ratum et validum est inter Caium et Petrum; si vero propter hanc agrorum abalienationem Caius pecuniam Julio debitam solvere nequit, hic rescissionem contractus exigere potest. Si vero Petrus pretium æstimatione dignum pro agris solvit, seclusa fraude, agros contra quemlibet tenere potest. Similiter si Caius qui agros suos ob pretium bonum Berthæ consanguineæ abalienavit, postea eos Julio, qui prioris abalienationis inscius est, pretio æstimatione digno accepto abalienaverit, hæc secunda abalienatio rata erit. Si vero Bertha pretium æstimatione dignum pro agris solvisset, secunda abalienatio foret prorsus irrita. Contractus vero simplex, qui aut nullo pretio, aut pretio tantummodo bono nititur, vim ligandi in foro civili non habet; et ideo ut exsecutio talis contractus actione exigi possit, necesse est ut compensatio reddatur quæ in justitia, aut vere aut saltem ex interpretatione juris fundatur. Quale pretium in jure habeatur æstimatione dignum nunc dicendum est.

283. Nostri jurisperiti affirmant *pretia æstimatione digna* ab interpretibus juris civilis (*b*) in quatuor classes dividi: *do ut des*,

(*a*) Contractus quibus facultas commercium gerendi restringitur irriti sunt, si sine pretio conficiuntur.

(*b*) "Valuable considerations are divided by the civilians into four kinds:—1st, *do ut des*; as when I give money or goods, on contract, that I shall be repaid money or goods for them again, Of this kind are all *loans* of money upon bond or promise of repayment; and all *sales* of goods,—in which there is either an express contract to pay so much for them, or else the law implies a contract to pay so much as they are worth: 2nd, *facio ut facias*; as when I agree with a man to do his work for him, if he will do mine for me; or if two persons agree to marry together, or to do any other positive acts on both sides. Or it may be to forbear on one side, on consideration of something done on the other; as that

facio ut facias facio ut des, do ut facias. Antea vidimus theologos per hæc verba non intelligere pretium contractuum, sed ad hæc quatuor genera contractus *innominatos* revocare. Jam supra n. 26 hæc verba ad mentem theologorum exposuimus. Nunc explicandum est quod pretium sufficiat ut promisso in jure rata et firma sit. Regulæ generales duæ a jurisperitis traduntur ex quibus determinari potest quod pretium sufficiat: 1^a Quum ex promissione ipse promissor, vel quivis alius annuente promissore per actum promissarii aliquid commodi accipit, hoc est pretium sufficiens ut promissio ex jure rata et firma habeatur: 2^a Quum promissarius propter promissionem quibusdam impensis, aut alicui obligationi se subicit, aut aliquod damnum aut incommodum patitur, quantumvis hæc parva sint, promissor *quid pro quo* accipere censetur, et promissio rata est et valida (a). Sufficit ut hæc fiant ex consensu aut expresso aut tacito promittentis, modo quum consensus est tacitus, vere etsi implicite ex interpretatione legis, consentire censetur. Quod attinet ad *commodum* quod ex promissione percipit ipse promissor, aut alius eo annuente, sufficit ut huic aut sit, aut esse possit alicujus pretii. Quum v. g. Caius actionem Julio intendisset ad jus quoddam dubium vindicandum, hic se centum libras ei daturum promisit, si ab actione desisteret. Destitit Caius, sed quum postea comperitum esset eum nullum jus ad rem vindicandam habuisse, Julius pecuniam solvere recusavit. Actione tamen intenta pecuniam solvere coactus est, quia fieri potuit ut actus Caii tanti aestimari

in consideration that the tenant will repair his house, the landlord will not sue him for waste. Or it may be for mutual forbearance on both sides; as that in consideration that A. will not trade to Lisbon, B. will not trade to Marseilles; so as to avoid interfering with each other: 3rd, *facio ut des*; when a man agrees to perform anything for a price, either specifically mentioned, or left to the determination of the law to set a value to it. As when a servant hires himself to his master for certain wages, or an agreed sum of money, here the servant contracts to do his master's service, in order to earn that specific sum. Otherwise, if he be hired generally, for then he is under an implied contract to perform this service for what it shall be reasonably worth. 4th, *Do ut facias*; as when I agree with a servant to give him such wages upon his performing such work; which is nothing else but the last species inverted; for *servus facit ut herus det, and herus dat ut servus faciat.*" Chitty, p. 19.

(a) "The general rule as to the sufficiency of the consideration seems to be, that it may arise either; 1st, by reason of a benefit resulting to the party promising, or to a third person by the act of the promisee; or 2ndly, by reason of the latter sustaining any loss or inconvenience, or subjecting himself to any charge or obligation, however small the benefit, &c., may be; provided such act be performed, or such charge or inconvenience incurred with the consent, express or implied, of the promiser, or in the language of pleading, at his request." Id. p. 20.

deberet. Quanquam autem tribunalia promissionem irritam non habent ex eo quod res promissa et beneficium non sunt inter se æqualia, attamen si id quod pretii vice datur, neque affert promittenti quidquam emolumentum, neque afferre potest, aut si contra præscripta juris ineatur, promissio irrita et nulla est. Quum vero oritur controversia de inæqualitate pretii, ad judicem pertinet eam dirimere. Sed ut jam diximus promissio propter inæqualitatem pretii vix unquam irrita declarabitur. In quodam casu inter Caium et Julium pactum est ut pro equo Julii pretium solveretur quod sic computari deberet: Caius se obligavit ut unum granum hordei daret pro primo clavo quo solæ ferreæ ungulis suffixæ erant; duo grana pro secundo; et sic deinceps ut numerus granorum duplo major superiore pro singulis clavis daretur. Quum triginta duo clavi essent, tantum fuisset hordei quantum quingentis modis quos *quarters* anglice dicunt (a) continetur. Hoc cognito Caius recusavit equum accipere et hordeum tradere, sed actione intentata videtur eum pretium statutumolvere coactum esse. Sed revera in hac re Julius fraudulenter et injuste fecit, neque debuit quidquam ignorantia alterius abusum ultra justum pretium pro equo exigere. Attamen quum in alio casu pactum esset inter Petrum et Paulum ut ille pro sex libris et quatuor schelingis Julio traderet die Jovis proximo unum granum secalis, et eodem die proximæ hebdomadis duo grana, et sic deinceps numerum granorum duplo majorem superiore, singulis diebus Jovis aut alternis per unum annum; et quum computatione facta compertum esset plus promissum esse quam quantum in toto fere terrarum orbe uno anno gignitur, tribunal in eam sententiam propendere videbatur ut contractum ratum et validum esse arbitraretur. Unus ex iudicibus dixit contractum quidem stultum esse sed ratum ex jure, et Petrum cogi debere aliquid propter suam stultitiamolvere. Sed re composita inter ipsos contractantes nullum iudicium pronuntiatum est (b). Quum vero contractus ex stultitia valde crassa [*extremely gross folly*] initus sit, ex aliis tribunalium decisionibus constat (c) eum rescindi posse propter *fraudem*, si tamen aliæ adsint circumstantiæ ex quibus suspicio fraudis confirmetur. Sed revera injustum est si cui permittatur hujusmodi dolis alterum circumvenire. Et, quod satis absonum est, eadem regula in tribunalibus æquitatis prævalet, ut magna inæqualitas pretii, quod ex errore Petri promittitur, per se non obstat ne Caius totam rem promissam exigere possit. Hoc

(a) Cf. Chitty, p. 20. A *quarter* of grain in England consists of 560 lbs., or five hundred weight.

(b) Ap. Eund. p. 21.

(c) Cf. ap. eund. *ibid.*

quidem principium secluso errore et dolo teneri debet in foro externo, quia si quisque contractum exsequi recusare posset propter inæqualitatem pretii, innumeræ lites de hac re exorirentur; sed manifestum est in exemplis allatis promissionem ex errore quo justitia naturalis graviter violata est datam esse et fraudulentè acceptam, quia promissarius sine dubio cognovit quum contractum iniit quantitatem promissam esse omnino immodicam et injustam.

284. Similiter quodvis damnum aut incommodum, aut obligatio quæ a promissario suscipitur, nisi nullius omnino sit pretii æstimabilis tum in jure tum in facto, sufficit ut promissio rata et firma fiat; et si promissarius aliquod subeat detrimentum, nullatenus necessarium est ostendere promissorem aliquod beneficium accepisse. Sic quum convenisset ut petente Julio Caius ei permetteret duas cortinas ponderare, ea conditione ut redderentur in eodem statu quo erant quum Caius consensit, et quum compertum esset cortinas quando redderentur pejoris esse conditionis actione Julio intenta ad promissionis executionem exigendam, is se excusavit hac ratione quod ipse nihil commodi ex ponderatione cortinarum percepisset; attamen quia Caius incommodum aliquod subisset, declaratum est hoc pretium sufficiens esse. Iterum quum probatum esset Caium petente Julio quasdam ei literas tradidisse, quibus adjutus lites aliquas inter se et quosdam alios composuisset, et Julium promisisse se pro literis mille libras Caio soluturum; declaratum est traditionem literarum pretium sufficiens esse. In alio casu Caius quosdam agros locavit Julio in vitam ejus redditu reservato; Julius vero totum suum statum Petro concessit. Hoc tempore redditus aliquis debebatur Caio, qui eum a Petro postulavit. Petrus promisit se eum soluturum si Caius factum ostenderet quo probaretur redditum deberi. Caius factum ostendit, sed Petrus promissionem suam utpote sine pretio datam implere recusavit. Actione tamen intenta ad contractus executionem exigendam, declaratum est ostensionem facti sufficiens esse pretium ut Petrus promissionem exsequi cogeretur. Iterum Bertha vidua promisit se Julio viginti libras soluturam si hic probaret ejus maritum hanc summam sibi debuisse: quo probato declaratum est incommodum debiti probandi sufficere ad contractum stabiliendum. Caius voluit contractum de quadam re cum Julio inire, pretio sufficiente huic dato; sed ut induceret Julium ad contrahendum persuasit Petro ut socius [*a party*] contractus ineundi fieret: annuit Petrus, et quanquam Julius cognovit Petrum nullum commodum ex contractu percepturum esse, attamen quum probatum esset Julium talem contractum non confecturum, nisi Petrus socius Caii in contractu ineundo factus esset,

declaratum est hoc esse sufficiens pretium. In alio casu Caius contendebat se jus ex consuetudine habere piscem optimum sibi assumendi, uno excepto, ex singulis naviculis quæ portum quendam frequentarent. Probatum est Caium ejusque antecessores suculam [*a capstan*] et funem in usum et commodum piscatorum servasse, sine quibus, quum mare vi ventorum turbatum esset, naviculæ sine periculo nautarum ad litus trahi non possent, terramque qua sucula posita esset Caii esse, eam vero super quam naviculæ trahebantur aliûs. Quidam nautæ pisces tradere recusabant, qua propter Caius actionem eis intendit. Nautæ se defendebant hac ratione quod neque sucula neque fune usi essent, sed declaratum est ipsam suculæ funisque conservationem, ita ut apta essent usui nautarum quum eis uti vellent, pretium sufficiens esse pro vectigali exigendo. Quum Caius promisisset Julio, si decretum ad bona Petri arripienda, qui sexaginta libras ei debebat, executioni non mandaret, se centum libras intra septem dies Julio soluturum, et Julius hac promissione accepta judicium executioni non mandasset, hoc pactum ratum et validum declaratum est. Sufficiens item est pretium pro promissione, quum Petrus rogante Paulo suscipit ut *enitatur* aliquem actum perficere, v. g. locationem [*a lease*] domus obtinere, aut efficere ut quis agnoscat se aliquid debere, quia hoc aliquid incommodi Petro affert et commodi Paulo. Quum Caius promisisset Julio militum præfecto se ei, si Sylvio militi domum in tempus aliquod redire permetteret, viginti libras soluturum, nisi Sylvius intra decem dies redisset; licentiam abeundi Sylvio concessam sufficiens esse pretium pro promissione declaratum est. Atque etiam *possibilitas damni* quam subito Caius sufficiens est pretium promissionis a Julio datæ, dummodo Caius actum ob quem promissio datur jam facere ex jure ne teneatur, v. g. ut justum suum debitum tempore statuto solvat. Quidam etiam sunt actus qui ex jure nullius sunt pretii, qualis est v. g. conventio qua Caius se obligat ut domum quam *strictè* ad arbitrium Petri tenet, hoc rogante, reddat.

285. Jam vidimus quum Caius *bona fide* actionem Julio intendit ad rem aliquam exigendam, et Julius ei pecuniam aliquam promittit si ab actione desistat, hoc pretium esse sufficiens, quanquam postea deprehendatur nullum jus actionem intendendi Julio competere; sed quum actio a Caio intenta esset Julio ad centum libras exigendas, et Julius promisisset, si Caius ab actione desisteret, se certo die hanc summam soluturum, et quum postea probatum esset Caium cognovisse tempore actionis intendendæ se nullum habere jus ad hanc summam exigendam, juste declaratum est Julium nullum pretium pro promissione accepisse. Item quum in ipsa facie declarationis qua exponitur convenisse ut Caius

actionem ad rem quamdam exigendam Julio ne intenderet, apparet illum nullum jus habere ad hanc rem exigendam, hoc non sufficit ad promissionem confirmandam. Sic quum in declaratione quadam expositum esset disceptatum esse inter Caium petitorem et Julium reum, utrum hic certam summam illi deberet necne, et Julium certam summam Caio solvere promisisse, ea conditione ne Caius actionem ad summam de qua disceptatum esset exigendam Julio unquam intenderet, statutum est a iudice nullum pretium pro promissione Julii datum esse; quia in declaratione expositum non erat *rationabile dubium* de summa debita inter partes extitisse. Similiter si promittit heres se soluturum pecuniam debitam ex facto [*the bond*] sui prædecessoris, ea conditione ut creditor actionem ei ea de re ne intendat, promissio dari sine pretio censetur, nisi heres in instrumento ex quo debitum exigitur expresse nominetur; aliter enim heres *qua talis* eo non obligatur (a); sed si heres in instrumento nominetur, videtur eum obligari posse ad promissionem exsequendam, etiamsi hereditas ad hoc non sufficiat. Item si promittat heres se debitum sui antecessoris soluturum ea conditione ut creditor desistat ab actione in tribunali Cancellariæ intendenda quæ adversus eum non competat, hac promissione non obligatur; neque obligat promissio executoris quæ data est ea conditione, ut creditor desisteret a debito exigendo, quod testator dum minor erat contraxerat. Similiter si promiserit maritus se debitum defunctæ suæ uxoris soluturum ad quod solvendum obligatus non est, promissio irrita est. Item quum Caius debitor Julii mortuus esset, et Petrus Julio promississet se ei si actionem non intenderet, et tempus aliquod concederet, debitum soluturum, probatum autem non esset aliquem esse qui vice Caii fungeretur, aut qui ad debitum solvendum obligatus esset, declaratum est promissionem esse irritam; quia Julius nullum incommodum ex mora pati potuerit. Sed in re simili post iudicium in gratiam promissarii latum, recusavit tribunal iudicium evertere; quia post iudicium præsumi posset promissarium in iudicio probasse aliquem esse a quo proseguendo abstinuisset. Convenit inter Caium et Julium ut hic illi certam summam solveret, si Sylvium e custodia liberaret; sed quum probatum esset eum *illegaliter* (et idem esset si *fraudulenter*) in custodiam inclusum esse, promissio irrita declarata est (b). Si vero Sylvius legaliter et sine fraude in custo-

(a) De obligatione heredis circa debita antecessoris cf. tract. de just., n. 302 et seq.

(b) "But it will be intended (i. e. held) on demurrer, or after verdict, that the arrest was legal, if the declaration aver that it took place *on process duly issued out of the Court in which the action was brought.*" Chitty, p. 26.

diam traditus fuerit, et si Julius promiserit se certam summam Caio soluturum ea conditione ut hic Sylvium e custodia liberet, actione intenta ad promissionis executionem exigendam, ad recusationem non sufficiet probare Sylvium debitorem non fuisse Caii quum in vincula conjiceretur. Et quum Sylvius in carcerem inclusus ex rescripto executionis non rite confecto [*irregular in itself*], libertatem fortasse obtinere potuisset, aut quia rescriptam rite confectum non esset (quem tamen defectum recursu habito ad tribunal probabiliter reformare permetteretur), aut etiam ob aliam causam, his tamen remediis neglectis liberatus esset a Caio creditore quia promississet se debitum soluturum, rite declaratum est liberationem sic obtentam sufficiens fuisse pretium pro promissione. Bertha mater filii non legitimi parata erat declarare Caium hujus filii patrem esse; hic vero promisit se centum libras ei soluturum si de hac re taceret, et quum Bertha tacuisset, juste declaratum est Caium sufficiens pretium pro promissione accepisse. Nihil interest utrum petitor ab actione intendenda se contineat omnino, an tantum ad certum tempus, cum facultate eam postea intendendi nisi debitum tunc solutum fuerit; neque utrum actio tempore quo promissio data est intenta fuerit an non; neque utrum causa cognoscenda sit apud tribunal juris com. an æquitatis. Quum convenisset ut Caius ab actione intendenda abstinere, nulla facta mentione temporis per quod abstinendum esset, actione postea intenta ad debitum exigendum, in qua declaratum est Caium per longum tempus abstinuisse, pronuntiatum est a tribunali hoc sufficere, et intelligi debere in tali causa petitorum per tempus rationabile abstenturum. Promissio autem abstinendi ab actione prosequenda per *aliquod* [*some*], aut *parvum* temporis spatium, non est pretium sufficiens, quia est nimis indeterminatum. Sed si addantur verba quibus tempus determinatur, v. g. Caius ab actione intendenda per quindecim dies plus minusve abstenturum, hoc pretium sufficit. Et non requiritur ut Caius, quo petente et promittente Petrus ab actione Paulo intendenda abstinet, aliquod commodum ex mora percepturus sit. Sic Caius promisit Julio se centum libras ei intra septem dies soluturum, si mandatum ad bona Petri comprehendenda, qui sexaginta libras ei debebat non exsequeretur. Caius postea centum libras solvere recusavit, sed actione ei intenta iudex declaravit promissionem impleri debere; quia si incommodum quod subisset Petrus per mandati executionem tantum erat, ut Caius centum libras promitteret ne executio fieret, pretium pro promissione datum insufficiens non esset.

§ 3. De pretio pro promissione quæ fieri censetur quum promissarius bona sua promissori tradit et committit.

286. Ipse actus quo Caius bona sua committit Julio est in se pretium sufficiens pro promissione implicita qua hic se obligat ad negotium a Caio sibi commissum fideliter exsequendum. Minime quidem tenetur Julius suscipere obligationem peragendi negotium Caii. Si vero res aliqua ei tradatur circa quam se aliquid facturum recipit, eo ipso promittit se id fideliter exsecuturum, et actus quo Caius rem suam ei committit est pretium sufficiens pro tali promissione. Obligatio in hoc casu oritur ex contractu qui *mandatum* appellatur, et est *contractus quo aliquid gratuito gerendum committitur et accipitur*. Si res quidem circa quam negotium a Julio suscipitur non ei tradatur, actio ei intendi nequit ea de causa quod promissionem suam non perfecerit, nisi aliquod pretium pro promissione datum est, aut præmium [*reward*] promissum. Si vero pecunia aut catalla aut bona Julio tradita sunt a Caio qui ex ejus actu aut negligentia damnum patitur, actio ei intendi potest ob violationem contractus qui in jure nostro *bailment* dicitur. Actio itaque Julio intendi potest ad damni compensationem exigendam, non quidem quia negotium susceptum non fecerit, sed quia male fecit [*not for non-feasance, but for misfeasance*]. Caius faber nullo pretio accepto nec præmio proposito promisit se domum pro Julio intra certum tempus ædificaturum. Hoc non facto actio ei intenta est quod promissionem non impleret, sed declaratum est eum ad hoc cogi non posse, quia nullum pretium pro promissione datum esset: judices vero pronunciarunt ei si domum male ædificasset, actionem intendi potuisse. Caius qui Julio ex contractu viginti libras debebat, decem libras dedit Petro ut eas ad dissolvendam partem debiti statim Julio traderet. Pecunia non tradita Julius actionem Caio intendit ad debitum exigendum. Caius ex sua parte actionem Petro intendit ob promissionis violationem: et Petrus se excusabat quod non rogasset ut pecunia sibi daretur, et quum eam non accepisset nisi ut alteri traderet, se nihil inde commodi percepisse, propter quod promissionem exsequi teneri potuerit. Sed declaratum est acceptionem pecuniæ ut Julio traderetur, pretium sufficiens esse ut teneatur promissionem implere. Quin immo quum Caius Romam iturus pecuniam Petro et Paulo Dublinii tradidisset, ut hi eam ipsi certo die Romæ solvendam curarent, quod se facturos receperunt, sed non perfecerunt, tribunal in eam

sententiam propendere videbatur, ipsam pecuniæ acceptionem sufficiens pretium esse pro promissione.

287. In alio casu Petrus Paulo promisit se plures cados vini qui tunc erant in certa cella vinaria, tuto et secure translaturum et in aliam cellam vinariam depositurum. Petrus ejusque famuli rem tam negligenter fecerunt, ut uno cado fracto magna pars vini deperderetur. Actione *super casum* quæ dicitur intenta, Petrus se defendit quod in declaratione petitoris allegatum non esset sibi aliquid pro negotio gerendo dandum esse. Judex supremus ceterique declararunt si conventio esset executioni mandanda, puta ut cados removeret de uno loco in alium certo die; Petrum hoc facere cogi non posse; sed quia revera cados de loco in locum removisset, negotium sibi commissum recepisse, et quum dominus rem ipsi commississet et Petrus negotium perficere reapse aggressus esset, hoc ipsum fuisse pretium sufficiens pro promissione qua rem tuto et secure perfecturum se promisit. Ille quidem obligatus non est ut cados removeret, sed quoniam negotium sponte aggressus est, actione ex gravi negligentia tenebatur. Iterum quum Caius statuerat mille libras in censu annuo emendo impendere, Julius rogavit eum ut hanc pecuniam sibi traderet, et promisit se debitam diligentiam in pecunia *secure* impendenda adhibiturum. Caius pecuniam ei tradidit, quam cautione sufficienti non accepta, is certis personis credidit: quare actionem ei intendit Caius propter promissionis violationem. Statuerunt iudices *meram pecuniæ traditionem*, esse pretium sufficiens pro promissione, neque allegationem [*the count*] ideo irritam esse quod non diceretur Julio aliquid pro negotio gerendo dandum esse. In alio casu Caius operam Julii structoris adhibebat [*retained*] ut domum ante certum diem repararet. Julius se domum reparaturum promisit [*accepted the retainer*], sed opus non perfecit, quo factum est ut domus damnum aliquod acceperit. Actio hanc ob causam intendebatur quam iudices declararunt sustineri non posse, quia quoniam verba *operam adhibebat* [*retained*] non necessario significabant compensationem pro promissione dandam esse, neque quidquam de mercede in allegatione dictum est, Julium actione non teneri eo quod opus non perfecisset [*for non-feasance*]. In eadem lite alia de causa declaratum erat Caium operam Julii adhibuisse ut quædam alia tecta repararet ex materia vetere quam ille jam possideret, et Julium hoc non fecisse, sed materiam novam adhibuisse, per quod impensæ augerentur. Hoc exposito iudices contra Julium pronuntiarunt, quia male negotium sibi commissum confecisset [*for misfeasance*]. Actione in alio casu intenta Petrus petitor declaravit Caium et Julium promisisse si ipsos adhiberet, ipsorumque opera uteretur [*would*]

retain and employ them] ad certam summam impendendam in censu annuo emendo, *se officio suo functuros*; se eorum opera usum esse, et eos officio suo functos non esse, sed insufficientem cautionem accepisse, unde Petrus pecuniam amiserit. Judices vero declarationem non rite conceptam esse pronuntiarunt, quia in ea expositum non esset mercedem aliquam reis dandam esse, neque constaret eos in hac re adhibitos esse tanquam procuratores causarum [*as attorneys*], aut alio nomine, ex quo merces ita eis danda esset, ut actione tenerentur si cautionem minus sufficientem, quamvis sine fraude aut negligentia, accepissent (*a*).

§ 4. *Quatenus translatio [the assignment] debiti, conventiones ad lites evitandas et controversias componendas initæ, et promissiones mutue vicem pretii obtineant.*

288. Quum Petrus cui Paulus debitum sive certum sive incertum solvere tenetur, hoc transfert [*assigns*] in Caium, hæc abalienatio est pretium sufficiens pro promissione quam Caius Petro dat; quia quamvis *in jure* jus ad rem [*a chose in action*] ita transferri nequit, ut is in quem transfertur actionem ad jus vindicandum proprio suo nomine intendere possit; attamen abalienatio valet in æquitate; et etiam in jure ipsa abalienatio sufficit ut possessor actionem nomine ejus a quo jus accepit intendere possit. Abalienatio *juris ad rem* sine solennitate facti legaliter perfici potest; et is cui tale jus abalienatur omnibus obligationibus etiam æquitabilibus abalienantis subjicitur. Insuper quum Caius promittit se aliquid Julio abalienaturum ad quod jus strictum non habet, sed solummodo sperat se id obtenturum, v. g. legatum, hoc sufficit ad sustentandam promissionem aliam qua Julius se obligat ad aliquid pro promissione Caio solvendum. Similiter quum Caius qui statum suum in vadio mortuo Julio abalienavit, jus suum æquitabile agros redimendi huic cedit, hoc est pretium sufficiens pro qualibet promissione a Julio facta. Et idem dicendum est

(*a*) "The Court observed (in this case), that the word *retained* did not necessarily mean that the defendants were *attorneys*, or *were to be remunerated*; that the only duty imposed, under the circumstances stated in the declaration, was a duty to act *faithfully and honestly*, not an *absolute duty* to take a sufficient security; and that therefore there was not shown to be a good consideration for the promise laid in the declaration." Ap. Chitty, p. 32. If Caius, being indebted to Peter and Paul, deliver a bill of exchange to the former, to be given to the latter in payment of his debt, and Peter retains the bill and receives the amount due on it, Caius, by suing Peter specially for his breach of promise, may prevent him from using his debt as a set-off, whereas if he merely sued for money had and received, the set-off would be available.

de cessione cujusvis aliûs commodi quod ex æquitate quis habet. Sed quodcumque promissio facta est ob cessionem alicujus commodi, et probatur eum cui promissio facta est nullum habuisse commodum quod per talem cessionem transferri posset, promissio irrita est.

289. Quum inter ipsas partes convenit ut lis dimittatur, aut ut controversia aliqua componatur, hujusmodi pactum pro pretio sufficienti habetur. Hoc modo possunt partes litem impendentem aut disceptationem componere conditionibus ab ipsis immediate statutis, aut has judicio arbitrorum permittere possunt. Regula in his casibus est ut mutuæ promissiones pretium sufficiens ex utraque parte sint. Itaque quanquam nullum ne Cancellariæ quidem tribunal, specificam executionem conventionis pure voluntariæ unquam decernit, attamen quum finis ac consilium conventionis est ut lites evitentur et pax inter partes conservetur, ejus specificam executionem decernet. Actione intentata ad *quantum meruit* exigendum, quum Petrus reus pactum conficit quo se obligat ad summam minorem solvendam quam quæ a Julio petitore exigitur, hæc obligatio est pretium sufficiens pro promissione qua Julius se obligat ne actionem ulterius prosequatur, et ut impensas solvat quas ipse in lite fecerit. Et quum Caius qui rei alicujus a pluribus postulandæ justam causam habet, actionem uni tantummodo ex eis intendit, pactum inter Caium et reum quem in jus vocat, quo causa componitur, etiam pro aliis reis valebit, dummodo per id debitum dissolvatur, et pactum ne restringatur ad eum solum cui actio intentata est. Sed quum de quadam ratione [*account*] disceptatur inter Caium petitem et Julium reum, pactum quo petitor se obligat ad partem sui postulati remittendam non est pretium sufficiens pro promissione qua reus se obligat ad residuum solvendum; quia inter eos non sunt postulata ex utraque parte [*cross-demands*]. Sed pactum quo petitor se obligat ne actionem prosequatur ubi de lege dubitatur, pretium sufficiens est pro promissione qua reus se obligat ad certam summam solvendam. Sic si controversia existit utrum locatio facta est ad arbitrium aut in aliquot annos, pactum quo petitor se obligat ne actionem ulterius prosequatur pretium sufficiens est pro promissione rei qua se obligat ad certam summam solvendam (a). Itaque ad pretium sufficiens constituendum ne-

(a) But the promise of Caius to surrender to Julius lands which he holds of him at will is not a good consideration, because Julius can terminate the lease whenever he pleases. And *vice versa*, if Julius promise to Caius to grant him an estate at will, this is not a good consideration for the promise of Caius, for Julius may terminate the estate immediately afterwards. Vide alios casus ap. Chitty, p. 35, et seq.

cesse non est ut tenens jure potiatur agros in aliquot annos occupandi; sufficit enim si dubitatur utrum tale jus habeat necne. Item quum Caius qui titulum coloratum [*a colorable claim*] habet ad aliquid quod sibi vindicat Julius, eum abdicat propter promissionem aliquam a Julio factam, pro hac promissione pretium sufficiens dari censetur. In alio casu quum actio Caio intenta esset a Julio ad triginta libras exigendas, et ille se excusasset ea ratione quod minor esset tempore quo contractus initus est, sed antequam causa ad tribunal delata est convenisset ut Caius solveret et Julius acciperet triginta libras in satisfactionem sui postulati, declaratum est hoc pactum ratum esse, quia dubium erat utrum tempore contractus initi Caius minor esset necne. Sed sine dubio Caius non potuit hoc modo se excusare in conscientia ut justum suum debitum ne solveret. Ex casibus allatis constat promissiones mutuas vicem pretii tenere; promissionem Petri sufficiens esse pretium pro promissione Pauli qua vicissim se obligat Petro; quia promissio subjicit promissorem incommodo quod alias non subisset. Sic quum Caius promittit se quandam societatem initurum, hoc est pretium sufficiens promissionis eum in se recipiendi quam facit societas, et vice versa, quia quum contractus onerosi circa mutuas obligationes versantur, omnino necessarium est ut simul existant mutuæ obligationes; et ideo nisi promissio Caii ipsum astringeret ad societatem ineundam, societas eum recipere minime cogeretur. Itaque manifestum est promissiones debere esse mutuas et simul concurrere; aliter enim obligationem ex utraque parte simul parere non possunt.

290. Ququam olim opinio prævaluit obligationem *moralem* ad aliquod solvendum aut agendum sine ulla obligatione *legali*, sufficiens esse pretium pro promissione *expressa*, attamen hodie certum est talem obligationem non sufficere. Verum quidem est ubi existit prævium pretium sufficiens ad promissionem firmandam cujus tamen efficacia impeditur per aliquod præscriptum legale, remoto obice posse per promissionem expressam subsequentem vim legalem prioris pretii reviviscere. Pretium enim prævium sufficit ad promissionem expressam sustentandam quum tale est ut quamvis ejus vis ob obicem specialem nunc impeditur, ab initio tamen apud tribunalia exigere potuerit. Talis est promissio quo quis anno 21^o completo, se obligat ad contractus implendos quos minor confecerit. Idem dicendum est de debitis quæ ob lapsum temporis apud tribunalia exigere nequeunt; sicut enim debitor hoc præscriptum invocare neque tenetur, neque potest quidem plerumque sine injustitia, ita, obice remoto, prius debitum est pretium justum pro expressa promissione qua ad id solvendum se astringit. Mulier nupta habens statum separatum in

proprium suum commodum, chirographum dedit Caio quo se obligabat ad debita mariti, eo deficiente, solvenda; et quoniam hoc instrumentum ex præscripto æquitatis ejus statum separatim obligabat, quamvis tempus intra quod actio intendi potuerit ad pecuniam ex eo debitam exigendam jam præterisset, attamen declaratum est pretium esse sufficiens pro alio chirographo post mortem mariti confecto, quo se ad residuum debiti solvendum obligavit. Et ex eodem principio quod quis renunciare potest privilegia quæ directe in ipsius commodum lata sunt, declaratum est aliquem ex eis a quibus syngrapha confecta est, aut cujus nomen ei a tergo subsignatum est [*a party to a bill of exchange*], qui ideo a solvenda pecunia ex ea debita excusatur, quia non est ei tempore debito indicatum, quod jure fieri debuit, pecuniam solutam non esse ab iis qui primo loco ad eam solvendam obligati sint; ipsum obligatum iri, si postquam cognoverit se esse liberatum, nihilominus promiserit se pecuniam soluturum.

291. Sed quum in quadam causa declaratum esset Caium Bertham stuprasse, eique persuassisse ut in flagitio secum per aliquod tempus viveret, unde fama puellæ ita deperdita est ut proprio labore res ad vitam necessarias comparare non potuerit; postea vero inter eos pactum esse ut mores emendarent et separatim viverent; et ut Caius propter injuriam aliaque damna recensita quæ passa est Bertha certam ei summam in singulos annos ad alimenta comparanda præstaret; a iudicibus pronuntiatum est promissionem Caii utpote sine pretio legali datam in jure irritam et nullam esse. Sed revera hoc juris præscriptum nimis durum est, et in tali casu Caius suam promissionem expressam implere cogi debet; quia omnino dicendum videtur ex circumstantiis eum voluisse se ex justitia obligare; et ideo quamquam seposita promissione obligatus non esset ex justitia Berthæ præstare res ad vitam necessarias, attamen per promissionem expressam se ad hoc faciendum ex justitia astrinxit, et ideo in foro conscientiæ ut staret suæ promissioni ex hac virtute obligatus est. Quum vero Caius promisisset se Berthæ filii sui non legitimi matri centum libras soluturum, ea conditione ut ipsa puero res necessarias suppeditaret, quod mater se facturam promissit, promissioni suæ stare coactus est, quia mater obligata non est *absolute* ut onus puerum sustentandi susciperet. Promissio ducendi Bertham a Caio facta ea conditione ut stuprum cum eo faceret, etiam crimine admissio irrita est in jure municipii; sed jam vidimus hanc promissionem, stupro facto, ratam esse in conscientia, neque vult lex hanc obligationem auferre, sed tantum denegare actionem ad contractus executionem exigendam. Sed promissio non infirmatur eo quod partes postea stuprum inter se fecerunt, quin immo jurati propter hanc causam

majorem summam ob violationem promissionis concedent, nisi fama puellæ aliunde deperdita est. Promissio de matrimonio contrahendo inter Caium et Bertham rata est etiamsi ante promissionem stupra inter se fecerunt, dummodo tamen stuprum ut pretium promissionis non exhibeatur.

In quodam casu quum Caius Bertham viduam duxisset, ejusque liberos ex priore marito natos sustentasset quamdiu minores essent, quanquam ipsi satis facultatum ad seipsos sustentandos habebant, et liberi adepta ætate legali expresse promisissent se privigno soluturos pecuniam quam in eis sustentandis impendisset, hæc promissio rata et valida declarata est. In tali casu privignus pecuniam in liberis sustentandis impensam recuperare non poterat nisi liberi se eam soluturos expresse promisissent, saltem si ex circumstantiis apparuisset privignum statuisse liberos gratuito sustentare. In alio casu Caius bona quædam suppeditaverat Berthæ cujus maritus tunc in aliis regionibus demoratus est, quo mortuo ipsa promisisset se pretium bonorum soluturam; sed hæc promissio a tribunalibus irrita declarata est, quia maritus solus ad pretium horum bonorum solvendum jure obligatus est. Res tamen aliter esset si maritus eam sine justa causa deseruisset, ut supra, n. 66 exposuimus. In foro vero conscientiæ tenetur uxor deficiente marito pretium horum solvere.

292. Quanquam jurisperiti affirmant obligationem moralem numquam esse pretium sufficiens pro promissione, sed semper requiri pretium quod actione exigi possit nisi obstet aliquod speciale juris præscriptum, attamen hanc doctrinam non semper observari facile ostendi potest. Quatenus parentes teneantur res ad vitam necessarias liberis suis præstare in tractatu de justitia n. 466 et seq. exposuimus. Insuper ibidem nn. 461, 462 explicavimus quatenus ipsi minores contractus inire possint, eosque implere teneantur. Sed pater non tenetur solvere debita quæ contraxerit filius, ne in rebus quidem ad vitam necessariis obtinendis, nisi promiserit se debita ista soluturum, aut nisi ex circumstantiis rationabiliter colligatur patrem dedisse filio auctoritatem tales contractus conficiendi (a). Iterum pater ex jure non tenetur filios educare, et ideo Caius qui in educandis filiis Julii secundum eorum statum pecuniam impenderat, eam exigere

(a) Where a parent gives no authority, and enters into no contract, he is no more liable to pay a debt contracted by his child, even for necessities, than a stranger would be. . . . If the child lived under the father's roof, and the goods were necessities, and were delivered at the residence of the father, this might be *prima facie* sufficient to raise a presumption of the father's liability. . . . But it would seem that the mere fact of the articles themselves being necessary would not bind the father to pay for them. Chitty, p. 146.

non poterit nisi Julius aut explicite aut implicite se eam soluturum promiserit (a). Si vero hoc fecerit, eam exigere poterit Caius. Sed pretium pro promissione datum in his casibus non fundatur in virtute justitiæ, sed pietatis, seu, ut loquuntur jurisperiti non nititur in obligatione *legali* sed *moral*i; et si hoc pretium sufficit in his et in quibusdam aliis casibus supra allatis, obligatio moralis sufficiens haberi debet, quodcumque ex circumstantiis rationalitur inferri potest promittentem voluisse se ex justitia obligare.

293. His casibus exceptis judices nunc eam tuentur sententiam executionem promissionis apud tribunalia exigi non posse nisi pretium æstimatione dignum pro ea datum fuerit. Hinc quum Caius Julii amicus valde intimus, in gratiam hujus filii Petri, minoris, qui erat intellectu imbecillo, confecisset chirographum ex quo pecunia solvenda erat; actione intenta ad solutionem exigendam, declaratum est amicitiam et familiaritatem non esse pretium sufficiens, et ideo quamvis præsumendum esset pretium aliud sufficiens datum esse, attamen si contrarium probaretur, executionem promissionis exigi non posse. Iterum pacto inito inter Caium et Julium famulum ejus, ut si hic semel ebrius esset dum apud eum famularetur, omne jus ad mercedem constitutam amitteret; quum ante famulatum finitum se inebriasset, dominus autem ei ignovisset et mercedem solvere promisisset, actione intenta ad hujus promissionis executionem exigendam, declaratum est eam sine pretio ullo datam esse. Idem dicendum est quando id quod datur ut pretium promissionis jam ex alia causa juste debetur. Sic quum Caius navarchus promisisset se nautis suis mercedem majorem daturum, si ingruente tempestate laborem extraordinarium ad navem periculo eripiendam impenderent; declaratum est hoc *nudum esse pactum*, quia tempore tempestatis aut alterius casus [*emergency*], tenebantur nautæ laborem extraordinarium impendere. Idem est si id quod pro promissione datur non ipsi promissori sed alteri debeatur. Caius in carcerem coniecit Petrum et Paulum propter summam quam conjunctim ei debebant, sed postea Petrum e custodia sponte emisit. Julius deinde promisit se debitum soluturum ea conditione ut Paulus liber dimitteretur; quo facto Caius actionem Julio intendit ad debiti solutionem exigendam; sed quia Petro liberato Paulus jure dimitti debuit, declaratum est promissionem Julii sine ullo pretio datam

(a) "The education of a child by its parents is only a duty of imperfect obligation; and it seems, therefore, that a person cannot recover from the parent expenses incurred in educating his children, unless there be an *express contract* to that effect, or *peculiar circumstances* from which a *promise* of repayment can be inferred." Chitty, p. 42.

esse. Similiter quum Caius aliquid fecerit aut omiserit propter quod Julius ei actionem ad damnorum compensationem obtinendam intendere potest, et ille promittit se certam summam in modum compensationis soluturum, hæc promissio irrita est nisi Julius se obligat ne actionem intendant. Item, quia tam late extendere debet pretium quam promissio, quum Caius actionem intendisset Petro testamenti Pauli exsecutori, ut ab eo, non quia esset Pauli exsecutor, sed quasi ipse eam debuisset, pecuniam a Paulo debitam repeteret, quumque Petrus se id soluturum promississet; declaratum est hanc promissionem irritam esse, quia nulum pretium datum esset pro ampliore obligatione quæ ex promissione orta est. Propter similem rationem promissio a marito facta solvendi debita quæ uxor ejus ante matrimonium contraxerit, nullo novo pretio constituto, irrita est (a).

294. Quum pretium promissionis non est res aliqua una, sed ex pluribus rebus diversis constat, ex quibus una est levis [*frivolous*] et insufficiens, non vero illegalis, promissio rata et valida est, si aliæ sint pretium sufficiens; et in declaratione petitoris qua causa et ratio actionis exponitur res levis omnino prætermitti potest. Sic quum Bertha vidua actionem intenderat ad executionem promissionis exigendam, quæ data est tum propter desiderium rei promissæ quod defunctus Berthæ maritus significaverat, tum ob pecuniam ab ipsa Bertha solutam, declaratum est promissionem esse ratam, et primum pretium, nempe desiderium mariti, in declaratione omnino omitti posse. Idem statutum est quum promissio data esset tum ut certum debitum tempore statuto ne exigetur, tum ob aliud postulatum quod actione exigi non potuit. Caius equum Julio vendidit spondens eum sanum esse et integrum. Equus autem morbo laborabat, quapropter Julius actionem Caio intendit. Declaratum est a Julio se pro equo si sanus esset, sexaginta tres libras dare pactum esse; sed in lite probatum est Julium promisisse se Caio, *si fortuna equo faveret*, aut alias quinque libras, aut aliûs equi pretium soluturum. Sed quia hoc posterius pretium quod incertum et indeterminatum erat legitimum non erat, statutum est declarationem Julii, in qua nulla mentio hujus pretii facta esset, ratam

(a) "But a distinction is to be taken between the case of a mere gratuitous promise, and that of a promise on the faith of which one party is induced to do some act which, but for such promise, he would not have done. And, therefore, although if A. promise to buy a house for B., that is nothing; yet if A promise to buy a house for B., but requests B. to enter into the contract of purchase in his own name, and B. does so; it would seem that the law would imply a promise on the part of A. to reimburse B. any part of the purchase money which he may be called upon to pay." Chitty, p. 45.

esse. Manifestum est hanc actionem esse Caio intentam quod mala fide de sanitate equi spondisset, et ideo pretium supra dictum habitum esse pro pretio pacti de sanitate equi. Si vero pretium promissionis quam Caius fecit Petro, quamvis ex pluribus rebus diversis [*particulars*] constat, in modum unius rei constituatur, et in his rebus numeretur pactum quod irritum est, quia solis verbis initum est quum ex præscripto statuti ad fraudes præcavendas scriptis mandari deberet, res ceteræ vim pretii sufficientis non habent, ideoque exsecutio promissionis lege exigitur.

§ 5. *De tempore quo pretium promissionis præstari debet.*

295. Hæc dicta sunt de *qualitate* pretii; nunc agendum est de *tempore quo solvi debet*: et hoc sub respectu vel 1° executioni mandatum est ante promissionem datam [*it is an executed consideration*]; vel 2° pactum est ut aliquid a promissario fiat antequam promissor ad promissionem exsequendam obligetur [*it is executory*]; vel 3° cum promissione concurrat, velut quando ex mutuis promissionibus conficitur [*it is concurrent*]; vel 4° pars ejus executioni mandata est ante promissionem datam, et pars postea executioni mandanda est [*it is continuing*].

1° Pretium quod plene executioni mandatum est antequam promissio facta est, non sufficit ut promissio rata et firma fiat, nisi promissor hoc pretium præstari aut *expresse* aut *tacite* postulaverit. Caius Petri famulus in carcerem coniectus est quod agros Julii illicite ingressus est. Paulus Petri amicus in scio eo vas pro Caio factus est. Petrus postea promisit se Paulum indemnem præstaturum; sed quia vadimonium, quod erat pretium hujus promissionis, datum esset a Paulo ante promissionem Petri, et eo in scio, promissio irrita declarata est. Idem esset si Caius coniectus esset in carcerem a Julio propter debitum, et Paulus interposita cautione de solvendo debito, illius libertatem obtinisset: quo cognito Petrus postea promississet se Paulum indemnem præstaturum. Si vero Paulus cautionem pro Caio, rogante Petro interposuisset, et hic postea promississet se Paulum indemnem servaturum, hoc non esset nudum pactum; quia promissio non nude et in se tantum spectaretur, sed conjuncta cum prævia postulatione Petri, et ideo rata haberetur. Plerumque necessarium est declarare et probare pretium promissionis prævium præstitum fuisse, promissore postulante; attamen hoc necessarium non est quando pretium prævium tale est, ut pro beneficio gratuito haberi nequeat, sed ex sua natura, sine ulla promissione compensationem exigit. Sic quum Caius promiserit se soluturum pecuniam

quam a Julio mutuatus est, aut pretium mercium quas emerat, nullatenus necessarium est probare mutuum rogante Caio datum esse, aut merces eo postulate venditas; quia necessaria non est *expressio eorum quæ tacite insunt*.

296. Promissor vel accepit aliquod beneficium ex pretio prævio ob quod sua promissio data est vel non. In secundo casu requiritur ut prævia ejus postulatio expresse probetur; in primo postulatio tacita sufficiens existere in jure reputabitur, 1° quando pretium in hoc consistit quod promissarius *coactus est* aliquid facere quod *legaliter*, non autem tantum *moraliter*, promissor facere debuit; 2° quum pretium constat ex aliqua re quam promissor accepit ejusque commodo fruitus est; et 3° quando promissarius *sponte* facit aliquid quod promissor facere *legaliter* cogi posset, et is postea expresse promittit se hoc promissario præstaturum.

297. Etsi vero pretium executioni mandatum sufficere potest ad firmandam promissionem sive explicitam sive implicitam, attamen quando pretium tale est ut ex interpretatione legis promissio implicita existere censeatur, tale pretium non sufficiet ad aliam diversam promissionem ratam efficiendam. Sic quum ex rationibus computatis [*on an account stated*], inter Caium et Julium, hic certam summam *illo postulante*, ex interpretatione legis se soluturum promittere censetur, hæc rationum computatio non sufficit ut rata fiat promissio qua Julius se obligat ad hanc summam certo die futuro solvendam: adhuc itaque tenetur Caius pecuniam postulare antequam Julius ad eam solvendam obligetur. Iterum Caius certo pretio emit equum a Julio ipsius rogatu. Julius postea spondit equum a vitiis immunem esse. Repertum tamen est equum vitiosum esse; quam ob rem actione Julio intenta declaratum est hoc pretium nempe ipsam equi emptionem pretio constituto, quanquam petente Julio emptus sit, neque ex interpretatione juris in contractu de equi venditione inveniri, neque sufficere ut expressa Julii promissio rata efficeretur. In casibus ubi promissio implicite ex interpretatione legis existere censetur, pretium per ipsam promissionem implicitam exhaurire reputatur, et ideo quælibet alia promissio quæ ob hoc pretium data est, pro nudo pacto habetur. Ex altera parte quidam sunt casus in quibus etsi pretium non sufficit ex interpretatione juris ad promissionem implicitam constituendam, sufficit tamen ad promissionem expressam stabiliendam. Tales sunt contractus qui ab una parte contrahente rescindi aut confirmari possunt, quorum plura protulimus exempla, ubi de contractibus minorum et uxorum egimus. Talia etiam sunt debita ad quæ exigenda, propter elapsum tempus statutum actio intendi nequit. Tales

sunt quædam obligationes *æquitabiles*, quæ ex se sufficerent ad promissionem implicitam *legalem* pariendam nisi obstaret aliquod juris præscriptum speciale ut paulo ante exposuimus. Insuper quum Caius petente Julio aliquod in ejus commodum fecerit, aut ex quo Caius ipse damnum accipiet, quamvis ejusmodi sit ut ad promissionem implicitam ex interpretatione juris pariendam non sufficiat, sufficiet tamen ad sustinendam promissionem expressam, quam ob hanc causam Julius fecerit.

2°. *Pretium* executioni mandandum existit quum Caius promittit se aliquid facturum ea conditione ut Julius aliquid aliud prius fecerit; et in declaratione qua Julius causam actionis exponit, necessarium est affirmare actum prævium a se jam factum esse.

3°. *Conditio concurrens* existit, ubi mutuæ dantur promissiones. In hoc casu necesse est ut Caius qui actionem Julio intendit ad hujus conditionis executionem exigendam, declaret et probet, se suam promissionem implevisse, aut impleturum fuisse nisi Julius obstitisset, ut supra n. 24 exposuimus.

4°. *Pretium* quod partim præstitum est tempore quo promissio datur, et partim non, quia post promissionem datam adhuc ex parte præstandum est, sufficit in multis casibus ut promissio rata reddatur. Quum Caius quia *antea* agros Petri conduxisset eosque *jam* teneret idcirco promisisset se agros modo ad agriculturam apto exerciturum, hoc pretium continuum et sufficiens esse declaratum est. Item quum Petrus quod Caius prædium ejus occupabat et redditum solvebat, ideo primisisset se Caium contra omnes homines in possessione agrorum tutaturum, declaratum est hoc pretium continuum et sufficiens esse. Iterum quum Petrus pecuniam pro Caio solvisset, eumque *e carcere liberasset*, hoc pretium esse continuum et sufficiens promissionis Caii judicatum est. In alio casu quum Caius tria prædia emisset a Petro, qui postea promisit se titulum sufficientem Caio daturum, pretium promissionis continuum esse declaratum est; quia sufficientia tituli ad substantiam venditionis pertinere habita est. Sed revera in his et similibus casibus in quibus pretium continuum ad sustentandam promissionem sufficit, promissio ex interpretatione juris quasi sponte ex relationibus inter contrahentes existentibus oriri censetur, et pretium continuum nullam aliam promissionem confirmabit. Sic quum Petrus qui agros de anno in annum tenebat a Caio promisisset ea de causa quod Caii agros conduxisset eosque etiam tum teneret [*that he had become and was tenant*], promisisset, se aliqua jugera singulis annis cessare passurum, [*let lie in fallow*], se sexaginta libras singulis annis ad agros stercorandos impensurum, et ædificia sarta tecta conservaturum; declaratum est hanc promissionem irritam esse, quippe quæ non

oriretur ex nexu qui inter dominum et talem conductorem agrorum existeret, et hoc erat solum pretium novæ obligationis quæ in conductorem imposita est.

298. Quum Caius promiserit aliquid Julio qui in aliquo negotio gerendo est tantum Petri procurator, Petrus executionem promissionis proprio nomine exigere poterit, quamvis tempore conventionis Caius ignoraverit Petrum aliquid commodi inde percepturum. Sed omnino necessarium est, ut Petrus per se aut per alium, Caio rogante, aliquod damnum patiatur, aut aliquod commodum in eum conferat; aliter enim executionem promissionis proprio suo nomine exigere non poterit, etiamsi promissio in ipsius commodum expresse facta est. Quum Julius deberet septuaginta libras Caio, pactum est inter Julium et Petrum ut hic pecuniam debitam solveret Caio, ea conditione ut Julius efficeret ut Petrus titulum bonum ad domum quamdam obtineret. Petrus postea pecuniam solvere recusavit, quapropter Caius ei actionem intendit. Hæc declarata sunt a Caio, et insuper Julium paratum esse Petro tradere titulum ratum et validum ad domum. Attamen declaratum est a iudicibus ad Caium nullo modo attinere [*that he was a stranger to*] pretium promissionis, nempe titulum, et ideo eum actione promissionem exigere non posse. In alio casu quum Petrus viginti libras deberet Caio, et pactum esset inter Petrum et Paulum ut Petrus certa opera pro Paulo perficeret, quorum pretium a Paulo retinendum esset, et Caio solvendum: actione a Caio intenta Paulo, iudices declararunt ad Caium nihil pertinere pretium promissionis ideoque ejus executionem ab illo exigi non posse. Manifestum est ergo necessarium esse ut ii omnes qui promissionis executionem lege exigunt, aut eorum procuratores, pactum cognoverint eique assensum dederint (a). Itaque pretium, ut dicunt jurisperiti, a promissario provenire necesse est [*the consideration must move from the promisee*]; et si a duobus proveniat, ita tamen ut uterque ex eo commodum distinctum percipiat, hoc sufficit ad confirmandum promissionem aut alteri tantum, aut utrique factam. Petrus qui debebat centum libras Paulo, hanc pecuniam tradidit Caio, qui eam pro Paulo accepit, eamque se huic soluturum promisit: in hoc casu declaratum est pretium sufficiens promissionis Caii a Paulo provenisse ad sustentandam actionem ab ipso Paulo de pecunia tradita et accepta Caio intentam.

(a) "Indeed, in one case, the Court of Exchequer expressed an opinion, that where there was a contract with several parties, founded on a consideration, to part of which each was a consenting party, the action should be by all, on the promise made to all, although only one was to receive the money." Chitty, p. 54.

299. Quod attinet ad factum aliunde contractum specialiter munitum, actionem ad ejus executionem exigendam intendi necesse est proprio suo nomine ab aliquo ex eis qui in ipso instrumento declarantur esse *partes* quæ in eo conficiendo conveniunt; et non ab alio præter eos etiamsi id in ejus commodum confectum est. Et hoc dicitur esse præscriptum positivum *juris*, quod ne per expressam quidem intentionem contrahentium omitti potest. Quum vero aliquis cujus nomen in instrumento specialiter munito non invenitur, jus habet *æquitabile* ad emolumentum aut commodum ex eo percipiendum, hoc jus apud tribunalia æquitatis vindicare potest. In quodam casu Petrus per factum [*a bond*] agnovit se debere centum libras Paulo, quæ Paulo et Julio ex facto solvi debuerunt: attamen declaratum est ipsum Paulum sine Julio actionem ad hanc summam exigendam intendere posse. Et si quis in facto sufficienter designetur, hoc sufficit ut actionem ad ejus executionem exigendam intendere possit, etsi ejus nomen in facto non inveniatur. Sic quum in facto compositionis pactum esset inter Petrum debitorem ex una parte, et omnes ejus creditores ex altera, ut Petrus decem schellings ex singulis libris omnibus suis creditoribus, et unicuique eorum singillatim sumptis, solveret; declaratum est unumquemque creditorem, quamvis ejus nomen in facto scriptum non est, actionem intendere posse ad facti executionem exigendam. Similiter quum aliquod pactum ipsis agris annexum est [*a covenant which runs with the land*], quivis alius in quem agri transferentur [*the assignee of the land*], actionem ad ejus executionem exigendam intendere poterit (a).

§ 6. *Utrum quum contractus initur sub conditione suspensiva licitus unus ex contrahentibus, altero nolente, resilire possit, ita ut conditione postea impleta, contractus ratus et validus non efficiatur; et an quum contractus confectus est sub conditione turpi suspensiva, conditione turpi impleta ab uno, alter suam partem exsequi teneatur quando hoc sine peccato facere potest?*

300. Jam antea data occasione plura de contractibus conditionalibus exposuimus (b). Illud etiam explicavimus, quanquam nullum pretium plerumque necessarium est ad validitatem facti

(a) Cf. Chitty, p. 55, ubi quosdam alios casus profert in quibus executio facti exigi potest a quibusdam personis quarum nomina in eo non scribuntur.

(b) Cf. sup. nn. 22, 156 et seq.

[a deed] (a), attamen si pro pretio concedatur, irritum futurum esse, si hoc pretium aut bonis moribus aut juri municip. repugnet. Insuper monuimus (b) varias contractuum modificationes de quibus tractant auctores ex præscriptis juris civilis aut municip. aliarum gentium deduci, ideoque ad nos non attinere de iis disserere; quia quoniam nulla sunt præscripta specialia circa eas in nostro jure, contrahentes observare tenentur omnes modificationes contractui appositæ quæ bonis moribus aut legi non adversentur; namque secundum effatum ipsius legis *modus et conventio vincunt legem*. Quædam tamen dubia de contractibus conditionalibus adhuc investiganda sunt, quæ in punctis sequentibus nunc expediemus.

Punctum Primum.

Utrum quum contractus initur sub conditione suspensiva licita unus ex contrahentibus, altero nolente resilire possit, ita ut conditione postea impleta, contractus ratus et validus non efficiatur?

301. Circa hanc quæstionem suppono semper illicitum esse et in contractibus ex justitia stricta obligantibus, etiam injustum esse, consensum, non expectato conditionis eventu, sine justa causa revocare. In præsentî materia de justitiæ obligatione agimus. Suppono etiam ex communiore et probabiliore sententia novum consensum *ex natura rei* necessarium non esse ad contractum sub conditione futura initum purificandum. Hoc verum est etiam de matrimonio, quamquam quidam theologi qui hanc doctrinam amplectuntur ubi de aliis contractibus agitur, eam rejiciunt quando quæstio est de matrimonio (c). Hinc si Julius dicat Berthæ, *te duco si pater tuus consentiet*, et ipsa dicat *te duco hac conditione*, quandocumque pater consentiet, etiamsi partes sint absentes, et consensum patris ignorant, matrimonium statim ratum et absolutum efficietur. Ratio pro omnibus contractibus est, quia ex natura rei ad contractum ratum et absolutum perficiendum tantummodo necessarium est consensum purum et absolutum præstare. Porro conditione impleta consensus purus et absolutus jam ex utraque parte existit, et ideo contractus purus et absolutus efficietur. Suppono consensum revocatum non esse antequam conditio evenerit. Dico etiam *ex natura rei*; quia si partes non intendunt contractum absolutum inire, nisi novo consensu præstito, utique novus consensus erit necessarius, non ex natura rei, sed ex intentione contrahentium. Sed in hoc casu

(a) n. 42.

(b) n. 157.

(c) Cf. Lugo de Just. disp. 22, n. 381, et seq.

contractus conditionalis, non erit contractus ejusdem generis cujus ille qui, purificata conditione, perficitur. Sic in exemplo allato, si partes non intendunt matrimonium inire, nisi novo dato consensu, non matrimonium sed sponsalia conficere volunt. Sic etiam quum convenit inter Caium et Lucium de venditione et emptione equi, pretio constituto, hac tamen conditione ut Joannes eum sanum esse spondeat, quum Joannes eum sanum esse sponderit, ex natura rei contractus statim purus et absolutus erit, etiamsi partes sint absentes, et Joannem suam opinionem pronuntiasse ignorent. Si vero nolunt contractum ratum et absolutum effici nisi novo consensu præstito, prior contractus non est contractus venditionis et emptionis, sed promissio hujus contractus, seu contractus quo partes se obligant, ut certa conditione contractum venditionis et emptionis conficiant. Attamen si aut Caius aut Lucius etiam in hoc ultimo casu, consensum revocaret antequam sententia Joannis proferetur, reus esset injustitiæ, contractumque exsequi juste ex jure nostro cogeretur, aut si hoc fieri non posset, damna alteri parti propter contractus violationem solvere. Quæstio ergo quatenus consensus in contractu sub conditione futura licita inito, *valide*, non expectato eventu conditionis, revocari posset, quamvis illicite et *injuste*, utrumque modum contractus conditionales ineundi respicit. Sufficiet tamen investigare contractus primi generis; id est quatenus in contractibus initis sub conditione futura licita consensus non expectato eventu conditionis valide revocari possit.

302. Contendit Lugo (a) consensum valide revocari non posse in contractibus *consensualibus* qui solo consensu perficiuntur, posse vero valide revocari in contractibus *realibus*, qui non perficiuntur nisi per traditionem rei de qua convenerit. Sed hæc doctrina vera non esse videtur; namque 1^o quod attinet ad contractus consensuales, argumenta ab illo auctore adducta minime probant consensum valide retractari non posse antequam conditio purificatur. Solum argumentum quod affert, præter argumentum ad hominem contra Victoriam hæc est. “Probatur efficaciter” ait (b), “exemplo voti conditionalis; qui enim sub conditione de futuro vovet castitatem v. g., non se obligat solum ad vovendam castitatem, adveniente conditione, sed obligat se *immediate* ad ipsam castitatem. . . . Constat, enim, posita conditione obligare votum castitatis, non obstante revocatione consensus: idem ergo dicendum est de promissione humana, et de aliis contractibus, qui solo consensu perficiuntur.” Sed non probat hanc ipsam doctrinam de voto. Is quidem qui retractat animum vovendi, non

(a) Disp. 22, n. 384 et seq.

(b) Ibid.

exspectato eventu conditionis, peccat contra votum quo se ad castitatem vovendam obligavit, et si conditio evenerit, castitatem vovere tenetur; sed votum castitatis absolutum effici, si consensus revocatus fuerit pendente conditione, neque probat, neque etiam attentat probare. Sed etiam posita hac doctrina nihil omnino probat. Votum enim etiam absolutum non reddit actum oppositum invalidum, sed tantummodo illicitum; matrimonium enim post votum simplex castitatis contractum, validum est, et potest vovens etiam reddere debitum. Ratio est, quia is qui emisit votum castitatis adhuc retinet *dominium* sui corporis in ordine ad usum matrimonii, et ideo hoc dominium valide, etsi illicite alteri tradere potest. Hæc est ipsa ratio quare in contractibus consensualibus Caius valide, etsi illicite, et etiam injuste, retractare potest consensum sub conditione futura datum, quia adhuc *dominium* rei suæ retinet, et hoc dominium non obstante contractu conditionato quo id Petro tradere tenetur adhuc valide in Paulum transferre potest. Hoc invicte probatur exemplo matrimonii. Sic Caius dicit Berthæ *te duco, si pater tuus tibi dabit dotem mille librarum*; et dicit Bertha tibi nubo hac conditione; postea, vero, pendente conditione nubit Julium consensu absoluto præstito; hoc secundum matrimonium, fatente Lugo, validum est, at non esset si primus consensus conditionalis esset irrevocabilis. Hoc fatetur Lugo sed respondet matrimonium esse contractum *realem* et non pure *consensualem*, quia in matrimonio fit corporum traditio. Est utique traditio corporum in matrimonio, sed non inde sequitur ut sit contractus realis. Audiatur ipse Lugo (a). “Aliqui contractus solo consensu mutuo exterius manifestato perfecti censentur, v. g. emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum. . . . Alii contractus rebus perficiuntur, neque censentur perfecti antequam res ponatur v. g. donatio, mutuum, commodatum, depositum, pignus. Nam antequam res donata tradatur erit quidem promissio, non tamen donatio. . . . Mutuum item non fit, donec *re ipsa des pecuniam* mutuam alteri. Item depositum non fit, antequam *res vere deponatur*, et sic de aliis.” Itaque in contractu reali, donec res ipsa, v. g. pecunia mutua traditur, contractus non perficitur. Etenim usquedum ipsa pecunia traditur, erit tantummodo promissio mutui, non vero mutuum. Sed ad essentiam matrimonii physica traditio mutua corporum nullo modo requiritur, quod ex exemplo matrimonii per procuratorem contracti invicte demonstratur. Est ergo in matrimonio traditio mutua moralis, qua vir tradit dominium sui corporis uxori, et uxor tradit sui corporis dominium viro in ordine ad

(a) Loc. cit., nn. 16 et 17.

actus maritales. Sed hæc mutua traditio, non physica traditione corporum, sed solis verbis perficitur. Primum exemplum contractus consensualis quod profert ipse Lugo est venditio et emptio. Sed ad essentiam hujus contractus pertinet rei traditio, non quidem physica sed moralis, qua rei *dominium* in potestatem emptoris transferetur. Caius vendit equum determinatum Julio, pretio statuto; hic contractus ratus est, etiamsi equus physice non traditur, et quamvis sit in loco dissito, contractu rite inito, ejus dominium statim transit ad emptorem. Et talis traditio invenitur in omnibus contractibus, in quibus dominium aut rei aut usus ab uno in alium transfertur.

303. Asserit Lugo posse quempiam in contractibus realibus valide revocare consensum ante conditionis suspensivæ adimplerionem. Sed hæc doctrina difficultate non caret. Omitto donationem, quæ solo jure naturali spectato non videtur esse contractus realis, ut paulo infra dicam. Sed quod attinet ad mutuum commodatum, depositum, pignus, non video quo modo contractus pendere possit a conditione futura suspensiva; quoniam contractus v. g. mutui non perficitur donec pecunia mutua mutuuario physice traditur. Potest quidem Petrus mille libras tradere Paulo in commodum ipsius Petri servandas, ea tamen conditione ut si Paulus certum fundum ante elapsam hebdomada emerit, hanc summam mutuam in annum retinere possit. Sed donec fundus emptus sit Paulus retinet pecuniam in modum depositi cum *promissione* mutui, et fundo empto contractus mutui absolutus efficitur. In contractibus igitur realibus conditio non potest esse suspensiva sed resolutoria; v. g. Petrus dicit Paulo: mille libras mutuas tibi in annum trado ea tamen conditione ut nisi certum fundum intra hebdomada emeris possim hanc pecuniam exigere. Post tres dies Petrus, mutata sua intentione exigit hanc pecuniam a Paulo. Nego hanc revocationem validam esse, quia Paulus, ut de mutuo agentes probabimus, jam habet dominium hujus pecuniæ, neque circa eam retinet quidquam Petrus nisi jus ad rem, et ideo de hac pecunia Paulus ad arbitrium disponere potest, neque obstare potest Petrus ne hoc valide fiat. E contrario in contractibus consensualibus sub conditione suspensiva initis, pendente conditione consensus valide retractari possit.

Hæc dicta sunt de revocatione consensus spectato jure naturali; præscripta juris municip. ubi de variis contractibus in specie ageatur exponemus.

Punctum Secundum.

An quum contractus conficitur sub conditione turpi suspensiva, conditione turpi impleta ab uno contrahente, alter suam partem exsequi teneatur quando hoc sine peccato facere potest?

304. "Certum est," ait S. Alphonsus (a), "quod ante patrationem peccati nullus est contractus, et nullam parit obligationem, quoriam justitia nullo modo potest obligare ad illicitum; unde certum est quod eo casu nec promittens tenetur dare pretium conventum, nec alter retinere potest pretium acceptum. Dubium est an post opus illicitum præstitum, sit obligatio solvendi pretium promissum, et alter possit illud retinere? Quoad meretrices commune est et certum inter doctores quod possint retinere pretium meretricii præstiti. Ita S. Thom. 2. 2. q. 62, a 5 ad 2, ubi docet: Cum quis dat meretrici propter fornicationem, mulier potest sibi retinere quod ei datum est. Sed si superflue aliquid per fraudem vel dolum extorsisset, teneretur eidem restituere. Et ita Collet, t. 1, p. 330, sect. 4, et omnes alii communiter. . . . Pro aliis, vero maleficiis, puta pro ferenda sententia injusta, vel patrando homicidio, adulterio, fornicatione, &c., duplex est sententia probabilis: 1^a negat esse obligationem solvendi pretium, aut posse illud retineri. . . . 2^a vero probabilior sententia et communis. . . . docet promittentem teneri solvere pretium, et contra, recipientem non teneri ad restitutionem."

Quod attinet ad meretrices, omnino certum est eas non teneri restituere pecuniam aliave bonâ sine dolo aut fraude accepta; quia hæc sententia fulcitur tum juribus, quæ nullam actionem ad hanc pecuniam vindicandum concedunt, tum communi sensu et persuasione omnium fere hominum. Docent quidam (b) pecuniam datam meretrici puram esse donationem; sed hæc ratio opponitur communi sensui et persuasioni hominum, qui censent pecuniam meretrici ut ipsius stupri pretium datam esse. Præterea si hæc sententia vera esset pacto inito de copula futura et pecunia soluta, posset meretrix copulam recusare (ut certe recusare tenetur) et pecuniam retinere. Sed hæc sententia manifesto falsa est, et a nullo auctore sustinetur. "Quæritur," ait Lugo (c), "an pretium a fœmina acceptum pro usu corporis, possit absque novo peccato retineri ante usum corporis consessum, an vero

(a) De 7^o præcep., n. 712.

(b) Cf. Vasquez de restit., c. 7, dub. 1, n. 8.

(c) Disp. 18, n. 49.

debeat restitui. Resp., vel datum fuit ex pacto explicito sive implicito pro usu corporis dando; vel datum fuit liberaliter ab amasio ad alliciendam fœminæ voluntatem, et impetrandum usum corporis: si primo modo datum fuit retineri non potest, sed restitui debet. . . . Si vero munera data sunt secundo modo retineri possunt; unde ego fœminæ nobili, cui nobilis vir torquem aureum magni valoris sinistra intentione donaverat dixi retineri posse, servata pudicitia et manifestata donatori; quia nec explicitè nec implicitè sub pacto dederat, sed solum ad ejus animum alliciendum. Sic etiam si aliquis ad finem obtinendi dignitatem aut beneficia pingua collatori munera pretiosa donet absque ullo tamen pacto explicito vel implicito, quamvis indecore quidem accipiantur, absque injustitia tamen retineri possunt, etiamsi is qui dedit spe sua defraudetur. . . . sicut qui inservit episcopo, ea spe ut beneficium ecclesiasticum ab ipso aliquando accipiat, non intendit pactum facere, sed captare episcopi gratiam ut ab eo vicissim beneficium liberaliter accipiat.” Fatetur tamen fœminam quæ talia dona acceptat vix excusari posse a peccato scandalii, quia negari non potest acceptionem illam multum deservire “ad fovendam in posterum spem turpem donatoris, et ad tentanda alia media, et persistendum in depravata illa intentione multo confidentius, quam si munera constanter repulsa fuissent, quod totum acceptioni magna ex parte tribuendum videtur.”

305. Itaque quoniam pecunia aliave bona quæ fœminæ dantur ex pacto de stupro admittendo retineri non possunt nisi revera in stuprum conserit, stupro vero admissio retineri possunt; conversim tenendum est, quum stuprum admittitur antequam pretium de quo pactum fuerit solutum est, stupratorem ad hoc solvendum obligatum esse. Præcipua difficultas contra hanc doctrinam spectato solo jure naturali hæc est, quod videtur pactum ab initio nullum per patrationem stupri convalescere non posse. Sed hoc universaliter verum non est; si enim pactum ab initio irritum erat non quia injustum sed quia illicitum erat, et posita conditione turpi purgatur, jam ratum et validum efficitur. Sic convenit inter Caium et Julium ut ille pretio constituto certa opera servilia die festo perficeret. Hoc pactum ab initio irritum est, non quia injustum est, sed quia impleri non potest sine violatione legis Ecclesiæ. Opere tamen facto, purgatur contractus et Julius pretium operis manifesto solvere tenetur, neque ei minus utile aut minus pretio dignum est quia illicitè die festo peractum est. Hoc idem dicendum est de pacto quo Caius se obligat ut certam summam solvat Berthæ, ea conditione ut hæc stuprum cum eo committat. Ab initio pactum irritum est, non quia injustum est, sed quia impleri non potest sive peccato;

posito tamen conditione turpi, pactum ab hoc labe purgatur, et ideo stuprator pretium constitutum solvere tenetur ex justitia, quia obex qui obstatat quominus pactum ratum esset, et obligatio justitiæ oriretur jam ablatus est. Et hæc doctrina confirmatur exemplo Caii qui data matrimonii fide Bertham stupraverit. Is enim suam promissionem servare tenetur, quod communi sensu et persuasione hominum probatur. Attamen pactum de matrimonio contrahendo sub hac conditione turpi ab initio omnino irritum est; posita vero conditione turpi pactum compurgatur, et Caius ex justitia suam promissionem implere tenetur. Itaque ad argumentum pro opposita sententia adductum, Resp. distinguendo: Pactum ab initio irritum tractu temporis convalescere nequit, nisi obex ob quem irritum est removeatur, conc. si removeatur pactumque compurgatur, neg. De alia difficultate quæ contra hanc doctrinam profertur ex eo quod opus turpe pretio æstimabile non est infra agetur.

306. Quod attinet ad contractum ab initio irritum quia sub conditione *injusta* initum est; hoc duplici modo evenire potest; 1^o enim irritum esse potest quia Caius exigit novum pretium pro opere quod ex justitia facere tenetur; et 2^o quia exigit pretium pro opere ex justitia quidem non debito, sed quod perfici non potest sine alterius injuria. In primo casu contractus irritus est non solum ab initio sed etiam postquam conditio injusta impleta fuerit. Caius medicus v. g. pretio accepto tenetur ex justitia visitare medicinamque præstare in certo loco pauperibus qui morbo affecti sunt. Julius pauper morbo laborans advocat Caium qui recusat venire nisi ea conditione ut mercedem accipiat Julius mercedem promittit, quo facto Caius ei medicinam præstat. Non tenetur Julius mercedem solvere, et si eam acceperit Caius ad restitutionem tenetur. Ratio est quia id quod fecit Caius jam debitum est Julio ex justitia, et ideo Julius quum dat pretium pro eo, pretium solvit pro re sua. Insuper pretium pro hoc opere a Julio promissum est involuntarie et ad redimendam injustam vexationem, quia "si ex justitia debes centum v. g. Petro, et accipis ab eo 20. ut solvas debitum, jam non solvis totum quod debes; debeas enim centum, et solvis solum 80, detractis illis 20, quæ retines; debebas autem ex justitia facere, quod Petrus haberet centum sine ullo onere. . . . Hinc est peccare contra justitiam cum obligatione restituendi illum qui pretium accipit ut depositum reddat, vel ut rem inventam reddat domino (nisi tamen hoc in modum donationis liberæ concedatur), vel ut sententiam justam proferat, vel ut testetur veritatem, quando ex justitia testificare debebat, nisi forte aliquid laboris et industriæ apposueris quod ex justitia non tenebaris apponere. Similiter si quis ex

testamento debet centum dare alicui virgini in dotem, non potest aliquid accipere ut hanc potius eligat quam aliam, quia ex justitia tenetur alicui dare 100. integra. Si autem ab hac accipit 20, ut eam eligat, jam nulli dat 100, sed 80, et per consequens non satisfacit debito dandi 100 (a)."

Ipsæ Lugo dicit quamdam exceptionem huic doctrinæ apponendam esse, nempe quum pretium non solvitur ab eo cui res ex justitia debita est, sed ab alio tertio cui nihil debetur. "Tertius ille," ait (b), "qui dat tibi ut facias quod ex justitia debes, dupliciter potest id facere; 1° ut *proximus injuriam non patiatur, et in ejus gratiam et commodum*; 2° *solum in gratiam tui quem diligit*, et ne pecces vel ne te exponas periculo infamiæ, vel pœnæ temporalis ea de causa subeundæ. Si primo modo se gerat, non potest pretium illud retinere. Secus si secundo solum modo illud dederit. . . . Differentiæ autem ratio inter hos duos modos dandi (hac est) quia 1° modo qui pretium dat, vere dat pro re quam tu ex justitia deberes gratis dare. . . . In secundo autem casu qui dat pecuniam non curat de indemnitate alterius, aut pretium pro illo dat, sed de indemnitate tua et bono tuo spirituali aut temporalis, ad quod bonum ille nullam habet jus ex justitia, neque etiam tu cujus ille partes agit et utilitatem procurat, debes tibi ex justitia illud bonum, cum nemo habet justitiam erga seipsum: non dat ergo pretium pro aliquo quod tu deberes illi gratis dare, seu quod debeas ex justitia illi vel alteri, cujus partes agit; et ideo in hoc secundo casu cui debeas restituere quod accepisti: sicut si acciperes ut a fornicatione vel ebrietate abstineres, non teneres id restituere, ut statim dicam. Si ergo Petrus cupiens Paulum a latrociniis revocare, offerat illi expensas et necessaria ad vitam, ne furetur, optime ipse facit, et Paulus non tenebitur illa respuere vel restituere."

307. Si vero actus non sit ex justitia debitus, sed talis ut poni non possit sine alterius injuria, puta si Caius certam mercedem promittat Julio ea conditione ut sententiam injustam pronuntiet contra Petrum, aut ut eum occidat, aut Berthæ ut adulterium committat, communis et vera sententia est, conditione injusta impleta, pactum compurgari, ideoque alteram partem mercedem promissam solvere teneri. Etenim si merces soluta sit, certe Julius eam restituere non tenetur. Cui enim restitutio facienda est? An Caio? Sed is utpote auctor principalis injuriæ certe non meretur ut ei restituatur. An reipublicæ? Minime, jure naturali spectato; quia quanquam in quibusdam casibus violatur justitia legalis et reus se obnoxium reddit justitiæ vindictivæ,

(a) Lugo loc. cit., n. 63.

(b) Ibid., n. 64.

non tamen ex violatione harum justitiæ specierum oritur obligatio restitutionis, ut in tractatu de justitia demonstravimus. An pauperibus? Non, quia per hæc crimina pauperes nulla injuria afficiuntur. An ipsi læso? Sane ei reparatio debetur pro injuria quam in bonis externis seu fortunæ passus est. Et hoc sub respectu conditio turpis contra justitiam ab aliis conditionibus turpibus omnino discrepat. Si enim Caius suadet Berthæ ut ob mercedem constitutam fornicetur cum Julio, crimine admissio, et pretio soluto, nulla manet justitiæ obligatio; si vero conducit Julium ad occidendum Petrum, crimine admissio et pretio constituto sceleris soluto, tum Caius tum Julius omnia damna temporalia quæ ex injusta Petri occisione eventura prævisa sunt reparare tenetur. Caius utpote mandans præter mercedem Julio promissam, damna quæ ex occisione injusta secutura esse præviderit, reparare tenetur, et eo deficiente hoc facere tenetur Julius, ut in tractatu de restitutione exponemus, Petrus quidem jus strictum habet ut Julius mercedem ne accipiat ad eum occidendum, sed eo occiso, injuria reparanda non ex promissa mercede sed ex morte injuste illata oritur, et modo exposito obligatur Petro tum Caius tum Julius, sive merces soluta fuërit sive non fuerit. Consequenter igitur tenendum est scelere patrato promissorem pretium ex pacto debitum solvere teneri. Ut enim, quod supra de stupro probavimus, pecunia non datur meretrici in modum donationis, sed ut pretium usus corporis ejus, et ut ex pacto debita, ita etiam vi pacti retinet Julius pecuniam pro homicidio patrando promissam; et crimine patrato ante pecuniam solutam, hanc vi pacti solvere tenetur Caius, quia obex nunc remotus est propter quem pactum ab initio irritum erat.

308. Itaque nemo alteri contrahenti vendere potest id quod ei ex justitia debetur, quia venderet rem non suam; si vero alteri ex justitia non debeatur, illud ei vendere potest; aliter enim Caius qui justo pretio vendidit vinum Julio ut is seipsum inebriaret, aut venenum ut Petrum occideret, pecuniam pro his rebus acceptam retinere non posset. Quatenus vero quis pretium acceptum pro re alteri contrahenti non ex justitia, sed ex alia virtute debita, retinere possit, sectione proxima dicemus. Sed contra doctrinam expositam adhuc objicitur, stuprum, homicidium, sententiam injustam non esse res pretio dignas, ideoque pecuniam pro his acceptam restituendam esse. Resp. Dist. non est pretio æstimabile opus turpe formaliter sumptum quatenus præcise peccatum est, conc.; in seipso et physice spectatum, iterum dist. secluso pacto conc.; posito pacto et opere patrato, neg. Quidam de hac materia docent opus malum, etsi pretio non dignum quatenus malum est, attamen pretio dignum esse quatenus alteri

utile vel delectabile est (a). Hæc tamen ratio admitti non potest, quia nemo potest alteri vendere rem ipsius. Hanc doctrinam expresse tradit S. Thom., ait enim (b): “Si vero aliquis multum juvetur ex re alterius quam accepit; ille vero qui vendit, non damnificetur carendo re illa, non debet eam supervendere, quia utilitas quæ alteri accrescit, non est ex vendente, sed ex conditione ementis. Nullus autem debet vendere alteri quod non est suum; licet possit ei vendere damnum quod patitur. Ille vero qui ex re alterius accepta multum juvatur, potest propria sponte aliquid vendenti supererogare: quod pertinet ad ejus honestatem.” Itaque res ob quam pretium accipitur debet esse venditoris. Aliquid docent adulteram, meretricem, homicidam “vendere carentiam honestatis, vel rectitudinis, aut religionis, &c., quam honestatem poterat juste retinere absque alterius injuria, et in gratiam venditoris se privat re illa quam poterat juste retinere absque alterius injuria (c).” Quamquam hæc ratio aliqua ex parte vera est, attamen mihi displicet in quantum dicit ipsam carentiam honestatis materiam esse venditionis. Mihi videtur hanc doctrinam admitti non posse, quia ea posita, quum v. g. pacto inito de pretio, stuprum admitteretur, pretium postea propter ipsam carentiam castitatis, id est propter ipsum peccatum solvendum esset. Sed sane peccatum formaliter sumptum pretio dignum esse nequit; qui enim pretium ob ipsum peccatum solveret, formaliter ipsum peccatum approbaret, et ideo peccatum grave patraret. Præterea venditio et emptio versari debent circa eandem materiam. At fornicator non emit a meretrice carentiam rectitudinis, sed usum physicum corporis ejus qui ipsi delectabilis est. Sed non vendit meretrix hanc delectationem, neque eam emit fornicator, est enim tantummodo ratio quare emit usum corporis meretricis; sicut v. g. Caius emit equum quia eum possidere cupit.

309. Usus autem physicus corporis meretricis per se pretio pecuniario compensari nequit, quia hic usus et pecunia res sunt diversi ordinis, inter quas æqualitas statui nequit; attamen pacto inito de summa solvenda et scelere patrato, hæc summa solvi debet, quia meretrix dominium habet usus physici sui corporis, nec potest quisquam sine injuria hunc usum ipsa nolente usurpare, et ideo dominium hujus usus potest valide etsi illicite vendere. Ea quidem ante crimen patratum tenetur ex virtute castitatis hunc usum non concedere, sed crimine admissio alter pretium

(a) Cf. St. Alph. de 7^o præcep., n. 712.

(b) 2. 2, q. 77, a. 1, in corp. in fine.

(c) Lugo, Disp. 18. n. 48.

constitutum solvere tenetur. In casu autem adulterii aut homicidii tenentur adultera et homicida, etiam ex justitia, hæc crimina evitare; sed hæc obligatio non spectat ad alterum contrahentem, qui propter rationes jam allatas crimine patrato pretium constitutum solvere tenetur. Insuper in his casibus adultera et homicida non solum vendunt alteri contrahenti actus physiceos qui ei non debentur, sed ipsi actus aliquanti valere censentur quum sint ignominiosi atque periculosi, et ideo his peractis pretium constitutum ab altero contrahente solvi debet. Disputatur utrum totum pretium de quo pactum est pro opere turpi semper solvendum sit an minui possit, quia nimium sit aut prodige promissum sit. Manifestum est hanc quæstionem attinere non posse ad pretium quod promittitur propter homicidium aut usum mulieris alias honestæ, sive matrimonio juncta sit sive non; quia hæc nullum habent pretium ex communi æstimatione determinatum. Quod attinet vero ad meretrices, quamvis agnoscimus pretium promissum posse esse prodigum et nimium, attamen nisi intercedat dolus vel fraus, id totum quod promissum est plerumque solvi debet. Unde is qui "promisso conjugio, defloravit virginem, etiam si ipse sit nobilis et dives, fœmina autem sit infimæ sortis et pauper, et licet sine tanto dispendio ac viliori pretio potuisset consensum extorquere, atque ideo prodige promiserit; adhuc tenetur postea promissum implere (a)." Quod attinet ad meretrices docet Lugo (b) eas teneri ad restitutionem "quoties intercedit fraus, qua fingunt se honestæ conditionis esse, et majus pretium exigunt, vel fingunt se cariori pretio solere aliis vendere usum corporis, cum tamen viliori pretio communiter vendant. *In ejusmodi enim rebus possunt singuli pretium sibi statuere: tanti enim valent quanti venditor æstimet: . . . quando vero meretrix non tanti æstimet (usum sui corporis) cum passim eam aliis minori pretio vendat, excedat justum valorem et pretium commune rei quam vendit, et ideo restituere tenetur.*"

Hanc opinionem admitto dummodo is qui pactum conficit cum meretrice vere decipitur, et fraus sit vera causa majoris pretii, in quo casu meretrix id quod superat restituere tenetur. Sed revera hoc raro accidit; vir enim vix ignorare potest mulierem quæ usum sui corporis vendit meretricem esse, et si hoc scit vix decipi potest de pretio, quia de hac præsertim re nemo meretrici crederet. Si autem nulla intercedit fraus, minime tenetur meretrix idem pretium exigere a singulis qui pactum turpe cum ea ineunt, quia quum materia hujus contractus non sit in commercio, potest pro usu corporis, seclusa fraude, quantum ipsi libet, a singulis

(a) Lugo, *ibid.*, n. 60.(b) *Ibid.*, n. 47.

exigere. Quum vero pretium sponte, sine dolo aut fraude solutum est, sane quantumvis prodige datum est, meretrix ad restitutionem non tenetur, quia id quod nimium est pro donatione habendum est.

§ 7. *Utrum pretium acceptum pro actu aut omissione debita ex alia præter justitiam virtute restituendum sit; et quo sensu materia contractus ex justitia obligantis debeat esse pretio æstimabilis?*

310. Quæstio est duplex; 1^o enim quæri potest an pretium restitui debeat ex justitia; 2^o an hæc obligatio ex alia virtute oriri possit. Ad primam dicendum est nullam esse restituendi obligationem ex justitia, quia ubi nullum jus alterius violatur, nulla potest esse erga eum justitiæ obligatio, ut in tractatu de justitia probavimus. Quum ergo medicus qui ex caritate tenetur visitare pauperem qui morbo laborat, hoc facere recusat donec mercedem accipiat, non tenetur ad restitutionem *ex justitia*; quia quanquam infirmus mercedem non solvit nisi ob metum mortis, tamen hic metus non est injuste incussus. Quidam “dicunt,” ait Lugo (a), “acceptionem esse injustam saltem quando accipitur pro re, quæ soli accipienti utilis est, ut si detur tibi pecunia ne inebrieris, ne luxurieris, ne ludas, ne sis perjurus, quæ omnia tibi soli utilia sunt: vendis ergo id quod emptori non est utile, atque ideo non est vendibile. Sed contra: quia quoties emptor prudenter offert pretium pro tua virtute, prudenter judicat rem sibi utilem; . . . sicut quando amicus emit rem amico utilem et non sibi, valide emit, quia utile sibi judicat quod amico prodest. . . . Hinc infero 1^o, etiamsi actus pro quo dat tibi pretium, non sit tibi laboriosus nec sumptuosus, posse te pretium retinere . . . quia ad juste retinendum pretium sufficit quod res pro qua datur, eo pretio digna sit: si autem sit adeo vilis ut pretium non adæquat, v. g. si dati sunt tibi mille aurei ut abstineas a carnibus una feria sexta, quod tu quidem uno aureo fecisses, tunc poterit esse injusta acceptio, atque ex eo capite esset obligatio restituendi excessum pretii, non quia res illa erat debita ex præcepto, sed quia voluisti pretium excessivum.”

311. Hanc opinionem non rejicimus, sed nobis omnino distinguendum esse videtur in hac tota materia inter pretium quod jam solutum est, et pretium ex pacto solvendum. Quum enim pretium solutum est ob opus turpe indebitum, aut ob opus ex alia

virtute præter justitiam debitum, secluso dolo et fraude, videtur nunquam esse obligationem restitutionis; quia quamvis pretium sit nimium, id quod justum pretium superat retineri potest titulo donationis, quum, ut supponitur, sine dolo aut fraude solutum est. Si vero pretium solutum non sit, sed tantummodo promissum, et sit prorsus et manifesto nimium, ut si Caius promittat Berthæ meretrici vulgatissimæ centum libras pro usu corporis quem paucis schelingis habere potuerit, hanc summam ut *pretium stupri* solvere non tenetur, quia manifesto nimium est, neque titulo donationis quia res nondum tradita est, neque titulo promissionis gratuitæ, quia censendum non est Caium voluisse se obligare ex justitia, et fortasse ne ex fidelitate quidem, ad tantam pecuniam solvendam. Et hæc distinctio etiam in alia materia obtinet. Sic Caius viator occurrit Julio in quadrevio eumque rogat ut monstret viam quæ ad certum oppidum ducit. Julius recusat hoc facere, nisi Caius ei solvat decem libras. Suppono Caium nulla gravi necessitate cogi iter statim facere; attamen decem libras tradit Julio qui iter ei monstrat. Bene scit Caius hoc pretium esse omnino nimium, quia revera actus Julii non est pretio æstimabilis; et ideo quum pecuniam sponte dat, ea non ut pretium sed ut donatio tradita esse putanda est. Si vero Caius necessitate itineris faciendi astrictus pecuniam solveret, eam restituere teneretur Caius; quia tunc ut *pretium* aut necessitatis ipsius Caii aut rei pretio non æstimabilis accepta fuisset. Insuper si Julius officio fangeretur viam monstrandi, v. g. ad quemdam locum celebrem, pretio etiam a seipso statuto, non potest plus exigere a Caio quam ab aliis viatoribus; quia pecunia ut *pretium* solvitur et hoc pretium fixum et determinatum est. Si vero in primo casu Caius pecuniam non solvisset sed tantum promississet, eam postea solvere non teneretur; non ut *pretium*, ut patet ex dictis, neque *titulo donationis*, quia res non tradita est, neque promissionis gratuitæ propter rationes jam allatas. Hæc doctrina fere concordat cum juris nostri præscriptis, quia si pecunia soluta esset sine dolo aut fraude Berthæ meretrici aut Julio, pro donatione haberetur, et ideo actio ad eam vindicandam Caio non concederetur. Si autem soluta non esset, promissio in casu meretricis irrita esset utpote ob pretium bonis moribus contrarium data; in casu vero Julii actione intenta ad executionem promissionis exigendam jurati nullam compensationem pro tali actu concederent. Diximus, *fere concordat*, &c., quia jus nostrum nihil omnino meretrici concederet, cui tamen pretium juste ex pacto debitum, in foro conscientiæ solvendum esset, ut supra diximus; neque enim ex præscripto juris obligatio conscientiæ aufertur, sed tantummodo actio denegatur.

312. Nunc videndum est quatenus is qui accipit pretium ut faciat aut omittat id quod facere vel omittere tenetur ex præceptis aliarum præter justitiam virtutum, restituere non ex justitia sed ex aliis virtutibus obligetur. Facile probari potest obligationem restitutionis aliquando ex alia virtute oriri. Caius medicus v. g. qui tenetur ex caritate gratis visitare Julium ægrotum, qui pauper est tum re tum spe, hoc recusat facere, nisi mercede consueta unius libræ soluta. Julius mercedem solvit, propter quod in gravem necessitatem conjicitur; in eaque permanet, neque alius est qui ei opitulari velit; utique Caius libram ex caritate restituere tenetur. Si autem cesset necessitas Julii, antequam Caius libram restituat, peccavit quidem contra caritatem Caius libram exigendo, sed ad nihil jam tenetur; non ex justitia ut patet, neque ex caritate, quia caritatis præceptum jam non urget. Item Caius vovit se calicem qui viginti libris valeret ecclesiæ Manutianæ donaturum. Postea vero recusat votum implere, quo cognito parochus Manutianus ei solvit decem libras ut calicem viginti libris emat. Manifestum est Caium teneri ex religione decem libras parochus restituere, quia donec hoc faciat non implebit votum donandi calicem qui viginti libris valet. Si autem vovisset ut donaret calicem huic ecclesiæ in festo S. Patricii, hoc anno, et in hujus sancti honorem, ita ut votum huic præcise diei alligaretur, attamen si dies transiret, voto non impleto, ad nihil teneretur Caius, et ne ex religione quidem; quia quanquam si culpabiliter votum implere omisit peccavit graviter, attamen quoniam ejus executio jam impossibilis est, præceptum religionis implere non potest. Hoc idem dicendum est quando res spiritualis pretio temporali venditur, quia “esto ibi detur simonia, ex hoc tamen non redditur venditio invalida aut injusta de jure naturæ: venditur enim res majoris valoris quam sit pretium, licet in hoc ipso sit turpitudine contra religionem: neque etiam (ex jure canonico) pretium simoniace acceptum restitui debet in omnibus materiis, sed solum in materia beneficiorum, ingressu religionis, et ordine (a).” Itaque si quis turpiter recusat baptismum administrare nisi pretio dato, non tenetur id restituere, neque ex justitia, quia rem majoris pretii pro pretio temporali dedit, neque ex religione spectato jure divino, quia pretium restituendo efficere nequit ut baptismus gratis collatus sit, neque spectato jure canonico, quo hæc obligatio non imponitur.

313. Ad dignoscendum quando obligatio restitutionis ex alia præter justitiam virtutem oriatur, hanc regulam tradit Lugo (b). “Regula,” ait, “generalis esse potest, quando acceptio pretii facit

(a) Lugo, loc. cit., n. 69.

(b) Loc. cit., n. 70.

quod opus ex aliqua alia virtute debitum non ponatur secundum substantiam: vel secundum qualitates debitas, obligatio erit ex vi ejusdem virtutis restituendi pretium ad hoc, ut opus fiat quale ex illa virtute debitum erat. Quando vero pretii acceptio id non impedit, non erit talis obligatio pretii restituendi, v. g. si ex virtute temperantiæ debes jejunare, pretii acceptio non tollit quod ponatur jejunium quale ex præcepto debetur. Item si debes audire missam, pretii acceptio non tollit quod vere audias missam, qualem et quomodo ex præcepto debes." Quando vero opus ex alia præter justitiam virtute debitum, accepto pretio, secundum substantiam aut secundum circumstantias debitas poni non potest, pretium restituendum est, ut opus rite perficiatur, et isti virtuti satisfiat.

§ 8. *De præscriptis juris nostri circa contractus quorum executio est contra bonos mores aut contra leges ob bonum publicum lata, et de promissionibus datis ob pretium quod aut bonis moribus, aut legi ob bonum publicum latæ adversatur.*

314. Quæstio respicit contractus qui nondum executioni mandati sunt; quia si promissio jam impleta est, et nullus interverit metus aut dolus, promissor rem traditam actione idcirco repetere nequit, quod pretium ob quod data est contra bonos mores aut contra leges est. Sic pecunia data meretrici repeti nequit nisi furto vel fraude obtenta est; quia in his casibus in jure supponitur rem donatam esse, et nullum pretium requiritur ut donatio sit rata et valida. Quum vero res data est ob homicidium aut aliud crimen quod legibus punitur, si is qui ob tale facinus aliquid promisit promissionemque implevit rem suam apud tribunalia repetere auderet, non solum nihil obtineret sed insuper juste gravissimis poenis condemnaretur. Itaque agendum est de contractibus qui saltem ex una parte executioni mandati non sunt, et quæritur quatenus eorum executio apud tribunalia exigi possit quando aut ipsa materia contractus est contra præscripta legis aut contra bonos mores; aut quando pretium datum ob rem licitam est aut contra legem aut bonos mores.

315. Regula generalis est ut executio contractus apud tribunalia exigi ne possit quando ipsa materia contractus præscriptis legis aut bonis moribus adversatur, aut quando pretium etiam rei licitæ illicitum aut illegale est. Neque præterea exigi potest apud nostra tribunalia executio contractus in extera republica et secundum ejus leges confectus, si aut bonis moribus aut legibus nostris repugnet. Itaque quandocumque ad contractus execu-

tionem exigendam petitori necesse est proferre aliquid quod bonis moribus aut præscripto juris adversatur, judicium pro reo pronuntiabitur. Pactum est inter Caium et Julium ut ille ob pretium ei solvendum agros huic in usum non legitimum abalienaret, quod factum est et pretium ex parte solutum. Factum pro reliquo pretio a Julio confectum est et Caio traditum, in quo nihil de usu non legitimo dictum est. Attamen actione intentata declaratum est executionem facti apud tribunalia exigi non posse, quia ipse contractus ad quem in effectum adducendum factum datum est, in jure irritus et nullus esset. In alio vero casu quum Caius Julio mendaciis persuasisset se velle hujus domum ad usum licitum conducere, et Julius domum illi locasset, Caius vero domum in lupanar convertisset, quo facto Julius vi eum domo ejecisset, declaratum est Caium actionem ejectionis Julio intendere posse, quia ex locatione Caius possessionem domus in tempus præfinitum accepit [*the term had vested in him*], et *ad hoc jus stabiliendum per actionem ejectionis* necesse non erat declarare finem in quem domo usus est.

316. Quanquam ut jam vidimus plerumque non permittitur *vivæ* ut dicitur *vocis* testimonium proferre ad interpretandum instrumentum scriptum, attamen tale testimonium proferri potest ut probetur instrumentum etiam sigillo munitum irritum esse ob fraudem, aut quia contractus bonis moribus aut legi adversetur (*a*). Præterea etsi quum vis, fraus, aut dolus ex parte unius tantum ex contrahentibus existit, huic non licet propriam suam fraudem, &c., proferre ad contractus rescissionem exigendam, attamen quum utraque pars concurrat ad contractum contra bonos mores aut contra legis præscriptum conficiendum utrique licet hac ratione se ab executione contractus defendere; quia *in pari delicto potior est conditio defendentis*. Et quum partes non sunt in pari delicto, tribunal æquitatis alterutri, aut saltem ei qui mi-

(*a*) "A bond in the usual form for payment of money, was alleged to have been given as an indemnity for a note entered into by the obligee for compounding a prosecution for perjury. In support of the bond it was contended, that no averment should be admitted of its being given upon an illegal consideration, not appearing on the face of it. The Court, however, decided against the bond; and in the course of his judgment, Wilmot, C. J., said: 'The manner of the transaction was to gild and conceal the truth; and whenever Courts of Law see such attempts made to conceal wicked deeds, they will brush away the cobweb varnish, and show the transactions in their true light. This is a contract to tempt a man to transgress the law; to do that which is injurious to the community: it is void by the common law, and the reason why the common law says such contracts are void is, for the public good: you shall not stipulate for iniquity. All writers upon our law agree in this; no polluted hand shall touch the pure fountain of justice.'" Ap. Chitty, pp. 609-610.

nus reprehendendus est, facultatem concedet se ab exsequendo contractu defendendi, qui contra præscripta juris initus est. Deinde quum tali consuetudine contrahentes inter se conjuncti sunt ut unus necessario alteri confidat, si alteruter hac fide, aut auctoritate quæ inde quasi sponte oritur, ad injuriam alteri faciendam perverse abutatur, tribunalia æquitatis contractum irritum esse declarabunt. Attamen in dubio præsumetur in jure contractum secundum leges confectum esse, et ideo si verba duplici modo exponi possunt, ea interpretatio tenenda est secundum quam contractus cum præscriptis legis concinet.

Contractus quoque irritus est quum pretium quod datur ex una parte pro obligatione quæ suscipitur ab altera bonis moribus aut legi adversatur. Sed hoc intercedit discrimen inter contractum in quo plura continentur pacta quorum quædam sunt licita, alia illicita, et eum cujus pretium non est legitimum, quod in priore pacta licita rata sunt, pacta illicita irrita; in posteriore vero quum pretium ex pluribus rebus constat quarum vel una est illicita, totus contractus irritus est, cujus rei exemplum supra n. 44 protulimus (a). In dubio tamen præsumitur pretium esse legitimum, et ideo onus probandi in eum conjicitur qui se ab exsequendo contractu defendit ea de causa quod promissio ob pretium non legitimum data sit. Sic convenit ut Caius Julio daret chirographum [*manuscript*] ad certum librum perficiendum, quod postea Caius facere recusavit, quia materia libri legitima non esset. Tribunal declaravit hanc exceptionem ratam esse, attamen nisi Caius librum proferret præsumendum esse materiam esse legitimam. Circa testamenta diversa regula prævalet; quum enim Caius contendit testamentum Julii irritum esse utpote a Sylvio fraudulenter obtentum, Sylvio si velit ut testamentum confirmetur, incumbit necessitas probandi id per fraudem obtentum non esse. His dictis de contractibus non legitimis generatim sumptis, nunc inquirendum est quinam contractus ob hanc causam irriti aut rescindibiles sint ex jure com., et quinam quia statutis parlamenti adversentur.

Punctum Primum.

De contractibus non legitimis ex jure communi.

317. Præter ea quæ supra, nn. 43 et 44, de hac materia diximus alia quædam notanda sunt. Contractuum executio ex jure com. apud tribunalia exigi nequit si sint 1^o contra bonos mores; aut 2^o contra publicam imperii disciplinam; aut 3^o ex vi vel fraude

(a) Cf. supra, nn. 43 et 44 ubi de pretio factorum egimus.

confecti. De contractibus ex vi vel fraude initis jam egimus : nunc itaque præscripta juris circa contractus qui sunt contra bonos mores aut contra publicam imperii disciplinam, exponenda sunt. 1° Ut præscripta circa contractus qui contra bonos mores sunt, de quibus plura jam diximus, clarius intelligantur, quosdam casus profereamus. Caius qui matrimonio junctus non erat contractu simplici se obligavit ut censum annuum concederet Berthæ, mulieri nuptæ, quacum in adulterio vixerat, quamdiu illa separatim a viro suo habitaret; sed tribunal æquitatis recusavit executionem hujus contractus decernere (a). In alio vero casu quum Caius usque ad tempus quo promissio data est, in stupro cum Anna vixisset, sed quibusdam dissidiis exortis inter eos convenisset ut separatim viverent, et ut Caius ei censum annuum triginta librarum concederet, dummodo ea matrimonium ne contraheret et caste viveret; tribunal contractum ratum esse decrevit. Julius pater existimatus Sylvii filii non legitimi, ejus matri Berthæ promisit censum annuum si res necessarias Sylvio præstaret, neque eorum consuetudinis mentionem faceret; tribunal declaravit obligationem præstandi res necessarias sufficiens esse pretium promissionis Julii. Quanquam stuprum *præteritum* aut corruptela [*seduction*] non sufficit ad contractum simplicem firmandum, non irritum efficit factum quod ob hanc rationem concedi perhibetur, etiamsi ut videtur (b) post factum confectum a turpitudine non destiterint; si vero datum sit aliqua ex parte ob futurum stuprum, irritum et nullum est. Si quis totam domum aut aliquam ejus partem locet meretrici cognoscens eam ibi meretricium facturam, aut etiamsi hoc tempore locationis ignoret, si quum cognoverit permiserit ei ibi habitare postquam eam lege ejicere potuerit, nullum redditum exigere poterit pro tempore per quod ei in domo habitare voluntarie permiserit. Sed quanquam dominus scit eam quæ domum conduxit esse meretricem, redditum exigere potest si ea meretricium non ibi sed alibi exercet. Bertha quæ lupanar habuit actionem Juliæ meretrici intendit propter res necessarias quas ei præstitit. Probatum est Juliam meretricium in lupanari fecisse, Berthanque partem hujus lucri accepisse, quo probato judicium contra Bertham latum est. Caius currum locavit Berthæ quam sciebat esse meretricem, eamque curru usuram, ut revera usa est, ad viros sollicitandos; quibus probatis declaratum est Caium præ-

(a) "A., for many years a common prostitute, was kept by B. for some time, and then married C. B. continued his visits to her, and gave her a note for £1000 payable on demand. B. died: and on a bill filed in Chancery by his administratrix, the note was set aside, it being given *ex turpi causa*, not as *præmium pudicitiae*." Chitty, p. 612, n.

(b) Chitty, p. 613.

tium locationis exigere non posse. Sed Caius etsi scierit Bertham esse meretricem, exigere potest pretium rerum ad vitam victumque necessariarum, etiamsi quædam ex vestimentis talia essent ut cognoscere posset usum illicitum in quem destinata essent. Pretium librorum aut tabularum quæ bonis moribus adversantur, aut quibus quis illicite diffamatus est exigi nequit; neque potest is qui tales libros typis expresserit pretium operæ et laboris obtinere.

318. 2º Contractus quorum exsecutio exigi nequit quia publicæ imperii disciplinæ opponuntur, sunt 1. contractus quibus facultas negotia gerendi non quidem aliqua tantum ex parte sed generaliter restringitur, etiamsi chirographo [*by bond*] confirmentur. Domini molarum in quodam loco chirographum confecerunt quo se obligarunt ut in unum annum negotia gererent secundum ea quæ præscriberentur a majore parte eorum qui nomina sua chirographo subscripserunt. Pactum complectebatur mercedem operariis solvendam, spatium temporis in quod conducerebantur, horam incipiendi et finiendi laboris singulis diebus, et generalem molarum disciplinam. Hoc chirographum merito irritum declaratum est.

Pactum vero quo facultas negotia gerendi restringitur aliqua tantum ex parte, irritum non est, dummodo sit rationabile et *pretium æstimatione dignum pro restrictione concedatur, etiamsi contractus sigillo munitus est*. Itaque ut pactum sit ratum tres conditiones requiruntur; 1. Ut restrictio ne sit omnino generalis tum quoad tempus tum quoad locum; potest tamen esse omnino indefinita quoad tempus, dummodo restringatur quoad locum. Itaque quum chirographo pactum esset inter Caium et Julium litium procuratores, ut ille totum suum negotium huic concederet, et ut hoc negotium ne gereret Londini neque ullo loco qui minus 150 millia ab ea urbe distabat, declaratum est hoc pactum ratum esse. Et in alio casu a tribunali æquitatis pactum ratum declaratum est quo Sylvius litium procurator se obligaverat verat alii procuratori Petro ut negotium suum ne gereret in Magna Britannia sine consensu Petri in viginti annos. Petrus chirurgus pactus est cum Paulo alio chirurgo se artem suam non exerciturum in quodam oppido, neque in locis qui minus tria millia ab eo aberant, neque intra hoc spatium habitaturum; hoc pactum ratum declaratum est. Pactum inter Petrum et Paulum vehiculorum confectores quo convenit alterum alteri in negotio gerendo non adversaturum, et idem pretium pro vehiculis exacturum, ratum est, sicut et pactum quo Petrus se obligabat ne vehiculum in certa via ad viatores mercede vehendos haberet; et pactum quo Sylvius scriptor scenicus se obligavit ne scriberet

fabulas nisi quæ in theatro Julii agerentur; et pactum quo Caius artis cujusdam inventor se obligavit ut hanc artem certo pretio Mario venderet, neve ipse hanc artem unquam postea exerceret. Sic quum convenerit ut Jacobus Caupo cerevisiam [*beer*] ne emat nisi apud Julii officinam [*brewery*]; hoc pactum ratum erit quandiu Julius bonam cervisiam coquet. Sed quum convenisset ut ipse Petrus cui Paulus tabernam locaverat, ejusque testamenti exsecutores, iique qui ejus vicem gesturi erant, cerevisiam ne emerent nisi a Paulo aliisque qui in ejus negotia successuri erant, et Paulus suum negotium et tabernam Petro locatam aliis cerevisiæ coctoribus vendisset, qui officinam in alium locum qui duo millia aberat removerunt; declaratum est pactum de cerevisia emenda irritum factum esse. Ut pactum etiam sigillo munitum, quo facultas negotiandi restringitur, sit ratum requiritur 2º, ut obligatio negotia non gerendi pretio æstimatione digno compensetur. Si tamen aliquod pretium æstimatione dignum detur, tribunal non potest pactum irritum idecirco declarare quod pretium non sufficit ad compensandam restrictionem quæ imposita est; sufficit enim si ex ipsa causæ actionis expositione appareat aliquod pretium æstimatione dignum datum esse. Requiritur 3º. ut pactum sit rationabile; id est ut major restrictio ne imponatur quam necessaria est ad jura tuenda illius quocum contractus initur; si enim major restrictio imponatur, irritum est utpote bono publico nocivum. Utrum restrictio quæ imposita est rationabilis sit necne, quæstio non est facti sed juris, et ideo ad judicem pertinet eam dirimere.

Si pactum quo facultas negotia gerendi restringitur res divisibiles complectitur, et si restrictio circa quasdam libertati negotiandi nociva, circa alias licita habetur, quantum attinet ad priores irritum, quantum ad posteriores ratum declarabitur.

319. 3º. Contractuum qui vectigalibus publicis apud nos nocent exsecutio exigi nequit; si autem tantummodo nocent vectigalibus exteræ gentis ejusve legibus ad commercium spectantibus repugnant, rati apud nostra tribunalia habentur. 4º. Contractus quo quis prohibetur ne uxorem ducat plerumque irritus est; sed jam diximus contractum quo Caius se obligat ut censum annuum concedat Berthæ quacum in stupro vixerat, ea conditione ut illa innupta vivat ratum esse. Quum vero Caius chirographo se obligasset hoc modo: Promitto Berthæ me nullam aliam præter eam ducturum; quod si fecero paciscor ut mille libras Berthæ solvam intra tres menses a die quo aliam in matrimonium duxero; pactum irritum declaratum est, quia pactum non est ut duceret Bertham, quæ obligata non est ut nuberet Caio, sed revera pactum est ut nullam duceret, si Bertha eum in maritum accipere recusaret. Anna vidua chirographum [*a bond*] dedit Julio quo se

obligavit ut centum ei libras solveret si matrimonium ipsa contraheret, et Julius se chirographo obligavit ut centum libras exsecutoribus testamenti Annæ solveret si ea novum matrimonium non contraheret. Postea Anna nupsit Sylvio, et ejus chirographum utpote omnino prohibens matrimonium a tribunali Cancellariæ irritum declaratum est. Similiter si Caius et Julius inter se spondeant ut si Julius matrimonium intra sex annos non contraxerit, Caius ei centum libras solvat; si vero intra hoc tempus uxorem duxerit, ut ipse centum libras Caio solvat, irritum erit pactum nisi aliqua sit causa rationabilis matrimonii in sex annos differendi. Item legatum datum sub conditione qua libertas matrimonium contrahendi omnino restringitur, v. g. si mille libræ legatæ sint Berthæ si matrimonium ante quadragesimum ætatis annum non contraxerit, irritum est. Sed potest quis legitime censum annuum aut agros alicui dare aut legare fruendos donec is matrimonium contraxerit.

320. 4°. Venditio aut translatio officiorum publicorum (a) plurimorum statutis prohibetur ut infra dicemus; sed etiam eorum officiorum publicorum quæ vendi aut transferri statutis non prohibetur, venditio aut translatio sæpe ex jure com. irrita est. Sic quum Caius, qui fabris tignariis in regiis navalibus [*dock yard*] præerat, pactus esset cum alio fabro Julio, ut si efficeret ut ipse declararetur incapax ob senectutem ad officia sua peragenda, Juliusque in ipsius locum substitueretur, is Caio solveret tantum pecuniæ, quantum mercès illius qui ceteris fabris præsetter, mercedem aliorum superabat; pactum irritum declaratum est, quia initum esset sine consensu eorum ad quos pertinebat aliquem huic muneri præficere. Neque commendatio data Caio qua declaratur eum idoneum esse ad aliquod munus etiam privatum obeundum in domo regis, sufficiens pretium est promissionis quæ ob hanc commendationem data est (b).

5°. Contractus quo impeditur recta administratio justitiæ, id est pactum ad testimonium supprimendum aut ad actionem publicam componendam ubi agitur de *felonia*, aut de injuria publica [*a misdemeanor of a public nature*], ut v. g. de perjury, irritus est. Quum vero Caius jura Petri læsit, et is actionem privatam intendere potest ad damni privati reparationem exigendam, etiamsi actus Caii sit etiam injuria publica [*a crime*] (c), potest Petrus pactum inire cum Caio ad damni sui privati compensationem obtinendam. Præterea quum actus Caii injuriam infert tum

(a) De natura et definitione officiorum cf. tractatum de justitia, n. 423, et seq.

(b) Vide alia exempla ap. Chitty p. 620.

(c) Cf. Tractatum de justitia n. 23 et seq. in Provem.

privatis tum reipublicæ, post condemnatum eum de crimine publico cives privati qui damnum passi sunt pactum de hoc compensando cum eo inire possunt. Et quanquam pactum de componenda ipsa actione publica quæ Caio propter injuriam publicam intenditur irritum est, attamen si ex eadem causa actio privata a Petro intendatur, pactum quo convenit ut impensis actionis privatæ a Caio solutis, Petrus ab actione privata prosequenda desistat, ratum est, dummodo conventio impensas etiam actionis publicæ ne complectatur, neque ad causam publicam deponendam obliget. Quum Caius chirographum adulterinum [*a forged bill of exchange*] dedisset Petro, postea vero verum chirographum loco adulterini ei tradisset, declaratum est hunc actum ratum esse, quia pactum non esset ut actio publica Caio propter crimen quod commiserat ne intenderetur. Præterea quum Caius vim intulerit Petro, dicitur hunc pactum inire posse ut actionem non tantum privatam sed ne publicam quidem intendat, nisi tumultus [*riot*] simul factus sit, aut nisi vis illata sit ei qui alicui muneri publico præfectus est, ad eum impediendum ne suo officio fungeretur. Pactum quo Petrus se obligat ut summam Paulo solvat aut aliam rem ei det, ea conditione ut hic auctoritate sua utatur ad obtinendam remissionem pœnæ Sylvio qui criminis convictus est impositæ, irritum est; sicut et pactum quo Caius ob summam pecuniæ se obligat ut libellum supplicem revocet quo petit ut declaretur Julium Parlamenti senatorem rite creatum non esse (a).

321. 7°. Pactum quo quis se obligat ut alios in litibus de re quæ ad ipsum non attinet, pecunia, testibus comparandis, aliisve modis adjuvet, irritum est; et qui hæc præstat alterutri ex litigantibus, crimen admittit se litibus alienis immiscendi, quod Anglice [*maintenance*] dicitur. Quum vero pactum est inter Caium et Sylvium ut ille actionem Julio intendat, ea conditione ut Sylvius impensas actionis soluturus sit, et ut Caius vel totum commodum quod lite finita ipsi adjudicabitur, aut aliquam ejus partem Sylvio traditurus sit, pactum irritum est, et contrahentes crimen committunt quod *Champerty* appellatur. Sic quum Caius emisset a Julio commodum de quo lis mota est, pacto inito quo

(a) Accipe alium casum Anglice prolatum. "An agreement between the promoters of a Railway Company and a land-owner, that the former should deviate from the line proposed by the Bill, and pay the latter a sum of money, in consideration of his withdrawing his opposition to such Bill, is valid,—at all events if it do not appear that the parties intended, by so agreeing, to practise a fraud either on some individual or on the Legislature. But a similar agreement, made between a land-owner and a Railway Company, was held by a majority of the Court of Exchequer Chamber to be void as *ultra vires*," Chitty, p. 622.

Caius se obligavit ut Julium indemnem præstaret circa omnes impensas jam factas aut faciendas in lite prosequenda; pactum irritum declaratum est. Et quum Caius litium procurator se obligasset ut auctorem suum Julium indemnem præstaret circa omnes impensas litis cujusdam, ea conditione ut quicquid Julio adjudicaretur Caio tradendum esset, contractus declaratus est irritus. Et si litium procurator emit pendente lite rem de qua lis movetur, emptio irrita est. Convenit in quodam casu ut Caius Julium in lite prosequenda contra Sylvium summis viribus adjuvaret, et ut Julius Caio solveret octavam partem eorum omnium quæ ipsi adjudicarentur: hoc pactum irritum declaratum est.

Si vero res de qua lis movetur procuratori tradatur ad mercedem quæ ei ante rem traditam debita est tutam præstandam, contractus ratus et validus est. Insuper quum Caius rationabiliter censet se jure potiri aliquod commodum reportandi ex re de qua lis movetur, pactum quo se obligat ad litem promovendam ratum est (a).

Omne pactum de pugna facienda, aut quod ex se aptum est ut inducat eum qui officio alicui publico præpositus est ad munus suum negligendum, irritum est.

Punctum Secundum.

De contractibus qui ex statutis parlamenti legitimi non sunt.

322. Jam vidimus contractum, quum pretium ejus ex pluribus rebus constet quarum vel una est illicita, totum esse irritum; sed quum pretium licitum sit, et contractus plura contineat pacta inter se divisibilia, quorum alia sint licita alia illicita, pacta licita esse rata, illicita irrita. Quidam jurisperiti docuerunt (b), secundam partem hujus regulæ non obtinere quum in contractu aliquod pactum inveniatur quod *ex statuto parlamenti* irritum sit. Sed hoc verum non est, nisi in quibusdam casibus, nempe quum in ipso statuto declaratur, si aliquod pactum contra statutum in contractum deducatur, totum contractum fore irritum.

(a) "In a case where it was agreed between the vendor and purchaser of an estate, that the purchaser bearing the expense of certain suits commenced by the vendor against an occupier for bygone rent, should have the rent so to be recovered, and also any sum that could be recovered for dilapidations; and that the purchaser might at his own expense use the name of the vendor in any action he might think fit to commence against the occupier for arrears of rent or dilapidations:—it was held, that the agreement was not void as amounting to champerty." Id. p. 623.

(b) Cf. ap. Chitty, p. 638.

In aliis vero casibus, etsi quædam pacta in contractu irrita sunt quia statutis parlamenti opponuntur, alia ejus pacta legitima, rata et firma erunt. In quodam facto de agris abalienandis plura erant pacta quorum unum ideo irritum erat, quia per id agri in usus pios donati erant, contra præscripta statutorum quibus hujusmodi donationes prohibentur (a): quo non obstante alia pacta rata declarata sunt (b). Si vero in contractu simplici aliqua pars contractus ideo sit irrita, quia ex statuto ad fraudes præcavendas hæc pars scriptis mandari debuerit, totus contractus irritus erit. Et si contractus aliquo statuto expresse vetitus est, ut v. g. pactum quo Caius pretio constituto, se obligat Julio ut partes quasdam agat in theatro ubi fabulas peragendi potestas legitima non est concessa, omnino irritus est. Insuper etsi contractus non sit expresse vetitus, attamen si generali disciplinæ et fini alicujus statuti opponatur, tamquam contra legem factus et irritus habebitur. Præterea nunc certum est, etiamsi contractus non sit directe vetitus, sed pœna proprie dicta tantum alterutri aut utrique contrahenti imposita, ipsum contractum contra tale statutum confectum, irritum et nullum esse; quia actus qui sub pœna interdicitur, ipse in jure indirecte interdici censetur. Sic quum ex 3 Hen. 8, c. 11, quicumque chirurgiam sine legitima auctoritate exercet pœnam committat, certum est eum qui hanc artem sine auctoritate exercet mercedem constitutam actione exigere non posse. Item quum ex 1 et 2 Vict. c. 101, s. 3, necesse sit ut venditor carbonum fossilium tesseram [*a ticket*] venditionis emptori ejusve procuratori tradat, si hoc non fecerit, venditio irrita erit. Et si convenit inter Caium et Julium socios ut mercaturam faciant modo per statutum sub pœna vetito, contractus irritus est. Quum ex 39 Geo. 3, c. 79, s. 27, teneantur typographi nomina sua affigere libris quos typis exscripserint, quod si non fecerint multam viginti librarum propter singula exemplaria committunt; declaratum est typographum qui hoc præscriptum non observaverit, mercedem laboris et impensas apud tribunalia exigere non posse. Quoniam variis statutis sub pœna prohibetur mercatum facere die dominica (c), contractus qui contra statuta hac die conficiuntur irriti sunt.

(a) Cf. tract. de just. 551-552.

(b) Accipe alium casum. "It was held that although a bill of sale for transferring the property in a ship, *by way of mortgage*, might be void, *as such*, for want of reciting the certificate of registry, as required by the statute: yet the mortgager might be sued upon *his personal covenant* contained in the same instrument, *for the repayment of the money lent*." Cf. Chitty, p. 639.

(c) By 27 Hen. 6, c. 5, no fair or market shall be held on Good Fridays or on any Sunday, except the four Sundays in harvest, unless for necessary victuals

323. Quum vero contractus initur contra præscripta alicujus statuti quo pœna neque ad actum prohibendum, neque ad contractum irritandum imposita est, sed tantum pro beneficio fisci, contractus ratus et validus est. Sic quanquam aliquis qui mercaturam tabaci facit multam committit nisi legitima potestas ei facta fuerit, attamen etsi hanc non obtinuerit, ejus contractus in hoc negotio gerendo rati et validi erunt. Attamen distinctio quæ olim in jure vigit inter *mala in se* et *mala prohibita* nunc prorsus abrogata est; sive enim actus contrahentis est malus in se, sive tantum malus quia prohibitus, ipse contractus in quo conficiendo talis actus ponitur, aut quo contrahens se obligat ad talem actum ponendum, irritus est. Et hoc verum est etiamsi in posteriore casu actus fuit legitimus tum quum contractus initus est, sed ante executionem ex statuto non legitimus factus erat. In hoc casu pactum per statutum abrogatur; et idem dicendum est si conveniat inter Petrum et Paulum ut ille actum licitum ne faciat, quem per novum statutum postea ponere cogatur. Quum vero pactum est ut Petrus ne faceret actum non legitimum, qui postea per statutum legitimus effectus est, Petrus cogi non potest hunc actum ponere, et ideo hoc pactum per statutum non abrogatur. Quum pendente lite inter Petrum et Paulum lex per statutum mutata est, controversia dirimetur secundum legem quæ vim habuit quum actio intenta est, nisi ex ipso statuto clare appareat parlamentum voluisse hæc jura mutare.

324. Olim contractus usurarii non legitimi erant et irriti, attamen permissum erat ex statuto parlamenti Britannici accipere lucrum annuum quinque librarum pro singulis centenis in Britannia, et sex in Hibernia ex statuto parlamenti Hibernici. Hoc lucrum *legale fenus* appellatum est. Nunc vero omnes leges quibus vetita erat usura, per 17 et 18 Vict. c. 90, prorsus abrogatæ sunt, ita ut nullus contractus initus post diem decimum mensis Augusti A.D. 1854, propter labem usuræ aut non legitimus aut rescindibilis sit. Contractus in quibus lucrum ex ludo, sponsione, sortitione seu loteria percipiendum est, ex 8 et 9 Vict. c. 109, s. 18, irriti sunt. Contractus quo quis accepta pecunia de vita aut de bonis alterius cavet, ex 14. Geo. 3, c. 48, s. 1, in multis casibus non legitimus et irritus est. Præterea contractus

on pain of forfeiting the goods exposed for sale. The exception as to the four Sundays in harvest has been repealed by 13 & 14 Vict. c. 23. By 29 Car. 2, c. 7, no person shall expose to sale any wares whatever upon the Lord's Day, upon pain of forfeiting the goods.

de venditione officiorum publicorum sæpe irriti sunt; sicut etiam contractus quo creditor pretium accipit ne obstet quominus debitor qui foro cessit obligatione debita sua solvendi liberetur. De usura spectato jure naturali et divino infra tractabimus: ceteri contractus recensiti non sunt gratuiti sed onerosi, et de eis, ubi de contractibus onerosis, agemus.

DISPUTATIO OCTAVA.

DE DONATIONIBUS, TESTAMENTIS, COMMODATIS ET PRECARIIS,
DEPOSITIS ET SEQUESTERIS, ET MANDATIS.

§ 1. *De Donationibus.*

325. Donatio est contractus quo quis dominium rei suæ sive immobilis sive mobilis alteri gratuito tradit, a quo accipitur. Ex jure naturali necesse non est ut res donatario reapse tradatur; sufficit enim si ejus dominium in eum transferatur, etiamsi res ipsa præsens non sit; sed ex nostro jure requiritur rei traditio, nisi contractus facto muniatur. Ii omnes capaces sunt res suas donandi qui earum dominio pleno potiuntur, nisi jure aut naturali aut canonico aut municipali incapaces effecti sint. Jure naturali incapaces sunt infantes ante usum rationis adeptum, amentes, ebrii, mentis non compotes, et ii qui dolo, metu aut captivitate ad contrahendum inducuntur. Præter hos incapaces sunt ex jure municipali, minores, uxores, nisi hæ bona in proprium suum usum et commodum possideant, et aut directe, aut indirecte eorum bonis publicatis, ii omnes qui alicujus felonix regulariter condemnati sunt. Ii qui felonix regulariter condemnati sunt etiam inhabiles sunt ad dona accipienda (a). Non solum autem minores et uxores, sed etiam amentes, mentis non compo-

(a) De hac materia cf. infra ubi de iis qui testamentum conficere possunt. A gift to a person attainted is not void, but it vests in the crown. A man who has been attainted or outlawed is *civiliter mortuus*, and hence he is *directly* deprived of all civil rights, and cannot appear in Court, *in his own right*, for any purpose except to reverse his outlawry, unless his crime has been pardoned. But outlawry does not prevent a man from suing in *autre droit*. Hence an executor or administrator may sue although he be outlawed, and so may a mayor and commonalty, although the mayor be outlawed. The rights of an outlaw or felon are only suspended, and hence if the outlawry be reversed or the felon pardoned his right to sue will revive. On the other hand, a felon or outlaw who has entered into contracts after outlawry or conviction concerning property which has not been forfeited, may be sued on the contract, although his own incapacity has not been removed. Cf. Chitty, p. 175-176.

tes, et infantes in utero materno, donationes ad præscriptum juris confectas, accipere possunt. Bona mobilia accipere possunt per parentes, tutores, &c.; et bona tum mobilia tum immobilia, sine ulla rei acceptione, dummodo donatio facto muniatur. Donationes tamen factæ ab iis qui ære alieno gravati sunt, irritæ sunt, nisi donans tempore donandi habeat alia bona ex quibus omnia sua debita solvere possit; et qui donum ab hujusmodi homine accipit, creditoribus id restituere tenetur. Quamvis enim ait S. Alph. (a) “debitor donans sit dominus rei quæ donatur, attamen habet illius dominium infirmum, sub onere solvendi quod debet, adeo ut nequeat de re illa ad suum libitum disponere; quapropter dominium illud sicut est in debitore, sic transit cum eodem onere in donatarium. . . . Quia sicut dominus lædit justitiam, se reddendo impotentem ad solvendum (quod nemo dubitat); ita etiam lædit accipiens, qui positive cooperatur actioni donantis injuste cum damno creditorum; et licet donatarius non sit causa motiva, est tamen vera causa influxiva et efficax alienationis rei in damnum creditorum: contractus enim donationis non consistit in sola voluntate donantis, sed etiam in voluntate acceptantis qua contractus constituitur, et sine qua nulla existit alienatio sive donatio.”

326. Ex præscriptis juris nostri donationes duplicis sunt generis, nempe inter vivos, et causâ mortis. Donatio inter vivos est contractus quo quis dominium rei suæ sive immobilis sive mobilis alteri gratuito tradit. Jus quidem nostrum concessionem agrorum non donationis nomine, sed abalienationis designat; sed quæstio est tantum de vocibus, quia res immobiles, formis præscriptis servatis, æque libere donari possunt ac res mobiles. Donationes rerum sive mobilium sive immobilium factæ ab aliquo qui tempore donationis debita sua solvere nequit irritæ sunt, ideoque ab ejus creditoribus hæ res repeti possunt; aut si foro cesserit, iis restituendæ sunt qui ad ejus bona administranda constituti sunt. Propter eandem rationem etiam pacta, quibus Petrus sua bona donat fiduciariis in usum et commodum ipsius proprium, irrita sunt, quum ob hanc causam ad debita sua solvenda incapax efficitur.

Quod attinet ad formam donationis inter vivos, res immobiles donari non possunt nisi per factum: res vero mobiles donari possunt vel per factum vel per ipsius rei donatæ traditionem. Sed hoc intercedit discrimen inter donationem per factum et per rei traditionem, quod in priore per ipsum factum rite confectum a donante, sine ulla rei traditione aut etiam acceptione, dona-

(a) De 7° præcep. n. 722.

tarius jus *vestitum* in ea accipit, et donatio fit irrevocabilis, donec donatarius eam accipere reapse recuset; dum donum facto non confirmatum etsi reapse traditum, a donante revocari potest donec donatarius eam aut verbis aut factis revera acceperit. Itaque quamvis donatio, jure naturali spectato, fieri potest per literas, attamen ex jure nostro talis donatio re non tradita, prorsus irrita est; si autem res tradita est aut ipsi donatario aut ejus procuratori legitime ad donationem accipiendam constituto, ab eoque accepta est, rata et valida est. Hinc si Petrus mittat Paulum ad rogandum Caium ut equum sibi donet, et si Caius equum donet Petro et tradat Paulo, Petrus statim dominium equi accipiet, neque potest Paulus eum sibi amplius vindicare. Hinc si Caius sacerdos mittat Julium ut petat licentiam a Paulo paroco Manutiano assistendi cuidam matrimonio in ejus parœcia celebrando, et Julio morante Caius matrimonio assistat, matrimonium ratum erit, si eo tempore quo Caius ei assistet licentia ei concessa fuerit; quia Julius hanc donationem pro eo valide accipiet.

327. Manifestum est ipsas res incorporales tradi non posse, et ideo aliter donari non posse nisi per factum. Sed si pactum sit ut aliquod pretium æstimatione dignum pro re solvatur, non amplius erit donatio, sed ex præscripto nostri juris contractus bilateralis quo catallorum corporalium sive immobilium sive mobilium dominium ab uno in alium sine solennitate facti transfertur. Et quanquam jus ad res incorporales abalienari nequit nisi per instrumentum sigillo munitum, attamen si scriptor jura sua circa librum a se scriptum in alterum transferat, necesse non est ut abalienatio per factum conficiatur (a). Quum donatio inter vivos fit per rei traditionem, debet esse absoluta et irrevocabilis; quum vero fit per factum, sive res donata sit mobilis sive immobilis, sive corporalis sive incorporalis, clausula in instrumento includi potest qua donanti revocare donationem absolute licebit. Hæc clausula *potestas revocationis* appellatur; et fit secundum præscriptum *statuti de usibus*, cujus vim et rationem in tract. de just. exposuimus (b). Quum donatio fit per rei traditionem, nulla forma specialis præscribitur, et acceptio aut verbis aut actibus significari potest. Donatio ex nostro jure nisi per factum inter absentes fieri nequit, nisi res ipsa aut ipsi donatario aut ejus procuratori tradatur; et hoc juris præscriptum tribunalia tam restricte interpretantur, ut etsi res sit in possessione donatarii tempore donationis, ne hoc quidem sufficiat (c). Sed hæc pertinent ad forum externum,

(a) Cf. tract. de just. n. 654.

(b) n. 395 et seq.

(c) "A gift in chattels is not good and binding unless it be by deed, or unless the thing which forms the subject of the gift be actually delivered to the donee, even although the party to whom the gift is made have possession of the chattel at the time." Chitty, p. 42.

neque vult jus nostrum auferre obligationem naturalem, sed tantummodo statuere quasdam solennitates sine quibus donatio in foro externo rata et valida non habetur. Sane si Petrus habet catallum Pauli, et hic Petro dicit vel scribit: tibi dono hanc rem, donatio rata est in foro conscientiae, neque poterit Paulus rem postea repetere sub prætectu quod tradita non sit. Idem putodiciendum si vera intercedat donatio, etsi res a donatario accepta nondum ad manus ejus devenerit; sollemnitates enim præsriptae non directe et immediate, sed indirecte et mediate tantum ordinantur ob bonum publicum, nempe ad lites et fraudes praevenendas, et ideo nemo diceret peccatum esse has omittere. Sollemnitates vero hujusmodi in nostro jure non attinent ad obligationem conscientiae, sed tantum ad obligationem civilem, ut infra, ubi de contractibus quos scriptis mandari necesse est, latius exponemus. Supponitur donantem veram habere intentionem donandi; quia nisi habet intentionem dominium in donatarium transferendi contractus donationis existere nequit. Insuper si dubitet donans utrum habuerit intentionem rem donandi necne, re non tradita eam tradere non tenetur; re vero tradita, eam retinere potest donatarius, si tempore quo rem accepit bona fide credidit eam sibi donatam esse; quia in utroque casu melior est dubio manente conditio possidentis. Hæc de ipso donante dicta sunt; quia eo mortuo aliter ratiocinandum est de iis qui in ejus jura succedunt, ut statim dicemus.

328. Potest donans donationem revocare quovis tempore ante ejusdem acceptationem. Si ergo donatio fit per literas aut per nuntium, usque eo potest donans eam revocare donec a donatario cognita est, et ab eo accepta. Itaque si res ipsa quæ donatur per literas aut nuntium non transmittatur, revocatio vel interna donantis ante acceptationem donatarii contractum irritum reddet, etiam solo jure naturali spectato, ex defectu consensus mutui. Si vero res per literas aut nuntium transmittatur, et revocatio per alias literas aut aliquo alio modo donatario innotuerit antequam rem acceperit, contractus jure naturali irritus est ex defectu consensus donantis; et etiamsi non innotuerit donatario, adhuc solo jure naturali spectato contractus irritus est ob defectum consensus interni ex parte donantis. Sed in nostro jure dicendum videtur talem donationem fore ratam; quia re tradita antequam revocatio donatario cognita esset, actio ad rem repetendam donanti non concederetur. In contractibus onerosis qui literis ineuntur, ut si Petrus certas merces pro pretio certo Paulo offerat, isque rescribat se conditionem propositam accipere, non potest Paulus efficere ne contractus perficiatur, etiamsi aliis literis aut verbis Petro declaret antequam literæ acceptationis in hujus manus devenerint, se nolle contractum inire. Hoc præsriptum juris nostri principiis supra expositis omnino consonum est; statim

enim atque literæ significantes conditionem propositam acceptam esse tabellariis publicis perferendæ committuntur, contractus perficitur (a); quia ut jam probavimus necesse non est ad contractum ratum efficiendum, ut consensus accipientis ab altero contrahente cognoscatur. In hoc casu voluntates utriusque contrahentis in idem placitum conveniunt. Sed in casu supra exposito donationis per epistolam, quum donator consensum revocat antequam donum per epistolam transmissum a donatario accipitur, non est verus mutuus consensus; et tamen nobis videtur donatarium, qui ignorans consensum donantis revocatum esse, rem bona fide acceperit, eam in conscientia retinere posse. Hoc verum est etiam in alia materia. Sic Petrus parochus literas dat Paulo, quibus ei concedit facultatem cuidam matrimonio assistendi. Ante matrimonium celebratum Petrus facultatem concessam revocat; sed priusquam hoc Paulo intimatur, is matrimonio assistit. Hæc donatio facultatis assistendi valida est et matrimonium ratum; quicquid enim deest solo jure naturali spectato, ab Ecclesia ob bonum fidelium suppletur. Similiter etiam respublica id quod deficit in donatione prædicta rei temporalis supplet, ejusque dominium in donatarium transfert, et is qui revocatione donationis non cognita, rem ut suam bona fide accipit, ex communi sensu et judicio hominum ab omni injustitia et turpitudine liber habetur. Hoc a fortiore dicendum est quum de contractibus onerosis agitur, excepto matrimonio in quo dominium corporis contrahentis sine ejus consensu interno transferri nequit. Sed si Petrus certas merces pro certo pretio Paulo offerat, et ante acceptionem Pauli consensum retrahat, Paulus vero hoc ignorans conditionem accipiat, is secundum præscriptum juris juste cogere poterit Petrum contractum exsequi.

Quod attinet ad donationem per nuntium, si revocatio innotescat nuntio antequam res traditur et acceptatur, donatio irrita est; quia potestas rem donatario tradendi jam omnino aufertur. Si vero hoc non innotescat nuntio, vel is est merus nuntius qui defert alterius donationem, vel mandatum habet donationes faciendi nomine sui auctoris. In primo casu, si revocatio facta fuerit ante rei traditionem et acceptionem, donatio solo jure naturali spectato irrita est, sed donatarius rem bona fide acceptam modo supra exposito retinere potest; in secundo casu, jure etiam naturali rata et valida est; quia is qui mandatum accepit potestatem habet contractus conficiendi consensumque præstandi nomine sui auctoris; et hæc potestas permanet donec revocatio ei qui man-

(a) Ex nostro jure literæ quæ tabellariis publicis commissæ sunt non amplius scriptoris sunt, sed ejus qui tabellariis publicis præpositus est (*the postmaster general*), qui curare tenetur ut tradantur eis quibus inscriptæ sunt.

datum accepit innotescat; et in contractibus onerosis conficiendis, etiam donec ab iis quorum interest cognosci possit, ut supra, ubi de contractibus per procuratorem, exposuimus.

329. Inquirunt theologi an mortuo donante ante acceptionem possit donatarius postea rem rite et valide accipere. In hoc etiam casu distinguendum est inter donationem per literas aut per merum nuntium factam, et donationem quæ fit ab aliquo qui potestatem nomine alterius donandi habet. In primo casu videtur, solo jure naturali spectato, donationem ratam et validam esse. "Pro hujus doctrinæ probatione adverto," ait Lugo (a), "totum hoc in rigore pendere ex intentione et voluntate donantis, qui potest extendere vel restringere intentionem suam, ita ut post suam etiam mortem perseveret, vel non perseveret voluntas donandi vel obligandi se. Potest itaque donator habere animum donandi et transferendi valide dominium, etiamsi donatarius post ejus mortem acceptet. Quod a posteriori colligitur ex eo, quod de facto testator hanc voluntatem habet circa legata, quæ quidem a legatariis non acceptantur, nec quidem notitiam eorum habent regulariter, nisi post mortem testatoris; et tamen posita tunc acceptione, transfertur dominium rei legatæ in legatarium ex voluntate præterita testatoris nondum revocata." Hæc probatio non est absolute efficax; namque supponit potestatem quam quis habet de rebus suis per testamentum disponendi, ex jure naturali pure derivari. Hæc tamen doctrina ab omnibus non probatur, ut infra dicemus. Longe quidem certius est posse hominem ita rem donare, ut ejus acceptio, donatore mortuo, rata et valida sit. Potest enim homo, jure naturali spectato, quocumque modo vult, etiam sola voluntate se privare dominio bonorum suorum externorum. Itaque potest Caius absolute abjicere dominium rei suæ in gratiam Petri, potestque se aut ex fidelitate, aut ex religione, aut etiam ex justitia obligare ne donationem revocet. Non potest quidem dominium in Petrum transferre sine ejus acceptione (b); sed potest se ex justitia astringere ut donationem ne revocet, ita ut Petrus *jure ad rem* potiatur ante acceptionem, quod accedente acceptione in *jus in re* transit. Ex præscriptis nostri juris, quando donatio fit per factum, res statim donarii fit sine ulla traditione aut acceptione, neque revocari potest res donata a donatore, neque irrita effici potest donatio nisi eam recuset donatarius. Itaque quum donatio hoc modo fit, manifestum est acceptionem post mortem donatoris ratam et validam esse. Quoniam vero modus donandi per factum a jure tantum municip. præscriptus est, evidens est donationem, etiam meris

(a) De Just. Disp. 23, n. 76.

(b) Cf. Ibid., n. 445.

verbis factam, jure solo naturali spectato, rite acceptari posse post mortem donatoris, si is voluerit rei dominium absolute et irrevocabiliter in gratiam donatarii abdicare. Quoniam vero in donationibus quæ per nuntium, aut alio modo præterquam per factum conficiuntur, donator non abdicat rei dominium absolute et irrevocabiliter in gratiam donatarii, et potest donationem, illæsa justitia, revocare quolibet tempore antequam acceptatur; magis dubium est utrum eo mortuo, acceptio adhuc rata et firma sit.

330. "Communior et probabilior sententia," ait Lugo (a), "universaliter affirmat quando donatio facta fuerit ab ipso donante, non vero quando commisit nuntio vel famulo, ut ipse ejus nomine donaret; tunc enim censetur solum mandatum quod expirat morte mandantis. Ratio pro sententia negante est, quia non potest voluntas acceptantis uniri cum voluntate defuncti, cum jam non sit" (b). Jam vidimus rationem quam affert Lugo pro sententia affirmante, ex paritate testamenti deductam, non satis esse firmam. Melius igitur in gratiam sententiæ affirmantis dici potest cum Sanchez (c) et aliis, donationem ex parte donantis, etiam ante acceptionem esse ratam et validam quamvis revocabilem. Itaque rata et valida est donatio nisi positive eam revocet donator; eo vero mortuo eam nunc revocare non potest, et ideo in instanti mortis in donationem absolutam et irrevocabilem ex parte donantis transit. Hæc ratio saltem valet ad probandum donatarium non teneri rem sic acceptam ante sententiam restituere.

Quod si ipse donator non fecerit donationem, sed alteri mandatum de donatione facienda dederit, "si ante mandati executionem donans moriatur, expirat regulariter mandatum: quia mandatarius id tantum poterat valide donare, in quantum virtute mandati continebat in se voluntatem mandantis, atque adeo ipso mandatario donante, censebatur tunc mandans ipse donare: mortuo autem mandante, non potest ejus voluntas tunc operari et velle, quare nec mandatarius potest valide tunc donare" (d). Monet etiam Sanchez magnum esse discrimen inter donationem et donandi mandatum; nam quando est donatio, potest acceptari post donantis mortem; quando vero est donandi mandatum, expirat morte mandantis (e). Hanc sententiam propugnant auctores allati ex præscriptis juris civilis. Idem præscriptum in nostro jure accipitur, secundum quod mandatum expirat morte sive auctoris sive procuratoris, aut si alteruter foro cesserit. In con-

(a) Loc. cit. n. 75.

(b) Id. ibid.

(c) De Mat. lib. 1, disp. 6, n. 5.

(d) Lugo, loc. cit. n. 78.

(e) Ibid. n. 7.

tractibus onerosis si is quocum contraxerit procurator mortem auctoris ignoraverit, dicitur hujus executores ad contractum exsequendum obligari posse (a). Saltem hoc tenendum videtur si tum contrahens tum procurator tempore contractus ineundi mortem auctoris ignoraverit.

Alia quæstio est an mortuo donatario ante acceptionem possint ii qui ejus vice funguntur accipere donationem? Jure naturali spectato hoc omnino pendet ex intentione donatoris. Si enim is vult rem donare, non ut gratiam personalem ipsi defuncto factam, sed in commodum ejus familiæ, videtur donationem valide acceptari posse ab eo qui vice defuncti fungitur; quia talis est intentio donantis. Sic Petrus cognitis rei familiaris Pauli augustiis, ei donat per literas aut per nuntium centum libras ad ejus familiæ egestatem sublevandam, aut ad ejus liberos educandos, aut ad Mariam filiam dotandam; si Paulus mortuus fuerit antequam pecunia ei tradatur, videtur omnino tenendum hanc pecuniam ab eo qui vice defuncti fungitur acceptari posse. Si vero donatio sit gratia personalis, puta si Petrus centum libras miserit ipsi Mariæ ad ipsam dotandam, ea mortua sane alius ejus vice hanc pecuniam acceptare non poterit. Itaque in hoc casu pecunia Petro restitui debet, nisi tamen is sponte consentiat ut a familia Mariæ retineatur, sed tunc acceptatio non valet vi primæ, sed vi secundæ donationis.

331. Altera species donationis inter vivos ea est quæ *causa mortis* fieri dicitur. *Donatio mortis causa* definitur: contractus gratuitus quo Caius qui morbo gravi laborat, putatque mortem sibi imminere, tradit aut tradi jubet rem mobilem Petro, hac conditione ut si perierit ex morbo quo nunc afficitur, res fieri debeat Petri; si vero e morbo convalescerit, Petrus rem ei reddere teneatur. Hæc donatio in nostro jure rata et valida est, dummodo donatio per traditionem rei perficiatur, et dummodo res permaneat in possessione promissarii usque ad mortem promissoris. Si res donata sit *in possessione*, necesse est ut ipsa res tradatur donatario; si vero sit *in actione* (b), ut v. g. pecunia solvenda ex syngrapha aut chirographo aut mensæ publicæ tesserâ, ipsum instrumentum donatario tradi oportet. Necesse est insuper ut res sive instrumentum a donatario retineatur usque ad mortem donatoris, ita ut post donationem in possessionem donatoris non devenerit; quia si hoc fiat donatio irrita efficietur.

Quoniam dominium rei vi donationis causa mortis non transfertur, nisi post mortem donatoris, per hanc speciem donationis sicut per testamentum potest maritus bona suæ uxori ex jure

(a) Cf. Chitty, p. 198.

(b) Cf. Tract. de Just., n. 144, et in notis.

concedere. Hoc sub respectu donatio causa mortis concordat cum legato; ab eo tamen discrepat sub alio respectu, quia mortuo donatore statim ad donatarium pervenit sine interventu exsecutoris, neque vectigal [*legacy duty*] ex re donata solvendum est. Attamen quum res donata est in actione, tenetur exsecutor aut administrator bonorum defuncti, pecuniam ex instrumento debitam apud tribunalia exigere in commodum donatarii. Donatio causa mortis, sicut legatum, nullam vim habet contra creditores defuncti, et ideo nisi reliquerit alia bona sufficientia ad omnia sua debita solvenda, donatio erit irrita.

Juramentum donationi adjectum nullum jus dat donatario ante acceptionem, quia acceptio est de essentia contractus. Sed si donator jurat se donationem non revocaturum, hoc ex religione servare tenebitur. Si vero donatarius acceptare recuset, ab obligatione juramenti alter absolvetur.

§ 2^{us}. De Testamentis.

332. Testamentum quanquam quoad attinet ad formam prorsus dissimile est donationi causa mortis, quoad attinet tamen ad effectum, ejusdem est naturæ; quia vi testamenti dominium rerum non transfertur nisi post mortem testatoris. Testamentum definitur in jure Romano (a), “Voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.” Revera hæc definitio satis accurata est; quia testamentum plura alia, ut v. g. de loco sepulturæ, de curatore liberorum constituendo, &c., præter dispositionem bonorum complecti potest. Sic tamen clarius evolvi potest definitio, et ad præscripta juris nostri accomodari: *Testamentum est instrumentum scriptum et revocabile, quo quis disponit de suis liberis minoribus, et de suis possessionibus et bonis aut de certa parte illorum, quod effectum habere nequit nisi post ejus mortem.* 1°. Forma essentialis omnis fere testamenti ex præscriptis nostri juris est ut scriptis mandetur. 2°. Est essentialiter revocabile. Potest homo de rebus suis disponere multis modis qui effectum habebunt dum vivet, sed dispositio quæ fit per testamentum a testatore semper revocari potest dum vivit, etiamsi fortissime declaret testamentum esse irrevocabile, seque id nunquam revocaturum. Loquimur de præscriptis juris municip.; quia potest quis in foro conscientiæ se obligare ex fidelitate aut ex religione aut ex justitia ut testamentum ne revocet. 3°. Disponere potest pater, non vero mater, de personis liberorum donec

(a) Ff. 28, 1, 1,

an 21^{um} compleverint; sed hanc materiam in tract. de just. exposuimus (a). 4°. De suis possessionibus et bonis; quia in Anglia et in Hibernia potest quis de omnibus suis possessionibus et bonis aut de aliqua eorum parte per testamentum disponere, ut infra dicemus. 5°. Quod effectum habere nequit nisi post ejus mortem. Hoc expresse docet S. Paulus (b), “ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris. Testamentum enim in mortuis confirmatum est: alioquin nondum valet, dum vivit qui testatus est.” Hinc quamdiu vivit testator, testamentum in nostro jure dicitur *ambulatorium*, id est, inconstans et mutabile. “Omne testamentum morte consummatum est, et voluntas testatoris est ambulatoria usque ad mortem (c).”

333. Olim magnum erat discrimen inter testamentum quo quis de statu liberi tenementi, sive cum in vitam sive in perpetuum tenebat, et testamentum quo de suis catallis sive mobilibus sive immobilibus disposuit. Potestas enim disponendi per testamentum de catallis etiam immobilibus extitit ex præscripto nostri juris longe prius quam talis potestas circa statum immobilem concessa est. Deinde eædem solennitates necessariæ non erant in testamento conficiendo de catallis sive mobilibus sive immobilibus, quæ necessario servari debebant quando testamentum ad statum immobilem attinebat; et lites circa utriusque generis testamenta apud eadem tribunalia non dirimebantur. Testamentum quo quis disponit de possessionibus suis immobilibus, a jurisperitis *devise* appellatur; id vero quo quis de suis catallis mobilibus et immobilibus disponit *will* nominatur. Adhuc etiam sub diversis omnino capitibus tractant nostri jurisperiti (d) de testamentis quibus disponitur de possessionibus immobilibus [devises], et de eis quorum dispositiones ad bona et catalla pertinent. Sed revera distinctiones quæ olim extiterunt inter utriusque generis testamenta nunc fere omnino abrogatæ sunt; eædem solennitates in utriusque generis testamentis conficiendis fere servandæ sunt; et jura circa utrumque genus ab eisdem tribunalibus vindicantur (e). Insuper in eodem testamento sæpe disponitur de possessionibus tum mobilibus tum immobilibus. Ob has rationes longe commodius videtur de utriusque generis

(a) Cf. n. 473 et seq.

(b) Heb. ix. 16, 17.

(c) Coke, Litt. 112, ap. Step. vol. 1, p. 596.

(d) De *devises* agit Stephen, vol. 1, p. 596 et seq. De *wills*, vol. 2, p. 192, et seq.

(e) “The Ecclesiastical Courts had no jurisdiction at any time, in respect of wills when considered as devises of land, but only when considered as dispositions of personal estate.” Step. vol. 2, p. 192, n.

testamentis simul tractare; evolvere præscripta quæ in omnibus testamentis condendis servari necesse est; et quibus rebus inter se discrepent testamenta, quatenus ad possessiones immobiles pertinent, et quatenus ad res mobiles et catalla etiam immobilia, exponere. Ut hæc omnia distincte et distribute explicentur, inquiramus, 1°. Quis possit testamentum facere; de quibus bonis et possessionibus per testamentum disponi possit; et quibus hæc legari? 2°. Quid sint codicilli et quænam solennitates sive in testamento sive in codicillis conficiendis servandæ sint? 3°. Quo modo interpretari testamenta oporteat, et quis sit effectus abalienationis possessionum immobilium per testamentum? 4°. Quo modo et apud quod tribunal probandum sit testamentum, quatenus attinet ad dispositionem rerum sive mobilium sive immobilium; et an exsecutor testamenti necessario constituendus sit? 5°. Quo modo revocari possit testamentum? 6°. Quis constitui possit administrator bonorum illius qui intestato mortuus est; et quo modo hæc bona distribuenda sint? 7°. Quo jure habeat quis potestatem de rebus suis per testamentum disponendi, et quatenus testamentum sine solennitatibus legalibus confectum obliget in conscientia?

Punctum Primum.

Quis possit testamentum facere; de quibus bonis et possessionibus per testamentum disponi possit; et quibus hæc legari possint?

334. Hæc tota materia de testamentis, quoad attinet ad testamenta quæ confecta sunt post diem 1^{um} mensis Januarii A. D. 1838 duobus parlamenti statutis, nempe 7°. Guliel. IV. et 1°. Vict. c. 26, regitur. Hæc statuta complectuntur omnia testamenta, exceptis testamentis militum et nautarum in certis casibus, et tantum quatenus attinent ad dispositiones circa eorum bona mobilia. Non hic inquirimus quo jure nitatur potestas testamentum faciendi, sed quinam reapse jus potestatemque testamentum faciendi habeant. Itaque dicendum est omnes homines posse de suis possessionibus et bonis per testamentum disponere, nisi aliqua lege aut divina aut humana inhabiles ad hoc agendum reddantur. Inhabiles sunt 1°. jure naturali infantes qui usum rationis nondum adepti sunt. 2°. Insani, mente capti, lunatici dum morbo laborant, ebrii, et ii quos sana memoria deficit, dummodo animo tam sint imbecilli ut non rite et plane intelligant quid faciant. Testamentum sub influxu metus gravis qui est causa positiva testamenti conficiendi irritum est, ut diximus supra

de contractibus gratuitis; et idem dicendum est si quis illegaliter detineatur donec testamentum conficiat, ut supra etiam *de duritie* agentes exposuimus. Ex jure municipali inhabiles sunt minores qui annum 21^{um} nondum compleverunt, et mulieres quæ matrimonio junctæ sunt. Ante an. 1838 potuerunt minores, saltem (a) anno duodevicesimo completo, de bonis et catallis etiam immobilibus, non autem de statu immobili, per testamentum disponere: et hoc præscriptum adhuc valet quoad attinet ad testamenta nautarum dum mari navigant; et militum dum expeditionibus intersunt [*mariners at sea, and soldiers in active service*]. Nullus alius ullum testamentum facere potest donec an. 21^m compleverit. Annus 21^{us} completus censetur die præcedente anniversarium natiuitatis diem, ut in tract. de just. n. 459 exposuimus.

335. Quatenus uxores res suas etiam immobiles quæ in proprium ipsarum usum et commodum ordinantur, alio modo præterquam per testamentum abalienare possint, in tractatu de justitia n. 481 et seq. exposuimus. Mulier autem matrimonio juncta de statu suo immobili sive legali sive æquitabili disponere nequit per testamentum, nisi *vi potestatis ei in hunc effectum expresse concessæ*; aliter enim, etiamsi statum immobilem in suum proprium usum et commodum possideat, hic ipsa mortua, non obstante quocumque testamento, ad heredes descendet. Quod attinet ad bona et catalla tum mobilia tum immobilia, hæc pertinent ad maritum nisi in uxoris proprium usum et commodum ordinata sunt, ut in tractatu de justitia, et supra n. 66 et seq. de uxorum contractibus exposuimus. Si autem uxor possideat bona et catalla quæ in proprium ipsius usum et commodum ordinata sunt, aut quæ ad ipsam qua testamenti exsecutricem, aut administratricem bonorum hominis qui intestatus mortuus est pervenerunt, de his per testamentum disponere potest. Quanquam autem uxor de suis bonis aut catallis etiam immobilibus, quæ in proprium ipsius usum et commodum ordinata non sunt, jure proprio per testamentum disponere non potest, attamen hoc facere potest ex consensu speciali mariti. Non sufficit prævius consensus mariti ut ejus uxor de suis bonis et catallis per testamentum disponat, sed necesse est ut sanciat ipsum testamentum quo uxor de suis bonis disponit. Insuper hoc assensu dando tantum cedit maritus jure suo administrandi bona defunctæ uxoris, et ideo si maritus ante uxorem moriatur, testamentum erit irritum, quatenus attinet ad ea bona de quibus nonnisi ex assensu mariti disponere

(a) Step. vol. 1, p. 602, n. r. Sed Blackstone vol. 2, p. 497, docet pueros potuisse testamentum facere anno 14^o. completo, et puellas anno 12^o. completo. Ita fieri potuit secundum juris civilis præscriptum.

potuit (a). Si autem maritus uxori superstes fuerit, testamentum quo uxor ex ejus assensu disponit de suis bonis et catallis etiam in proprium suum commodum non ordinatis, ratum erit; quia maritus cessit jure suo administrandi hæc bona, eaque sibi vindicandi. Uxor regis de suis bonis et catallis disponere potest per testamentum sine assensu mariti.

336. Præter minores et mulieres matrimonio junctas docet Blackstone (b), eos qui crimine perduellionis aut felonie condemnati sunt, incapaces esse testamentum conficiendi. Certe quidem quum quis criminis quod in jure felonia est rite et legitime damnatur omnibus suis bonis et catallis multatur, et ideo de his postquam condemnatus fuerit neque per testamentum neque ullo alio modo disponere poterit, non quia inhabilis ad testandum aut ad contrahendum effectus sit, sed quia bona ista et catalla non amplius ejus sunt (c). Potest ergo is qui felonie alicujus damnatus est, exceptis tamen criminibus perduellionis et homicidii dedita opera patrati [*murder*], quoad attinet ad statum suum immobilem, aut testamentum facere, aut contractus inire. Quum vero quis perduellionis aut homicidii dedita opera patrati convictus capitis damnatus est [*is attainted*], incapax est aut ad testamentum conficiendum aut ad ullum actum qui in jure ratus habebitur perficiendum (d).

337. Quod attinet ad possessiones et bona de quibus quis per testamentum disponere potest, dicendum est potestatem disponendi per testamentum complecti omnes possessiones tum immobiles tum mobiles, ad quas testator jure sive ex lege sive ex æquitate tempore suæ mortis potietur. Itaque testamentum complectetur res omnes sive mobiles sive immobiles quas acquisiverit testator etiam postquam testamentum confectum est, quæ, nullo testamento confecto, ad heredem aut ad eum qui vice defuncti fungeretur devenirent. Ex expresso statuti præscripto potestas legandi extenditur ad status *pur autre vie* (e), et in reversione aut in residuo (f), et ad omnia commoda et emolumenta futura aut contingentia et etiam ad jus ingrediendi in agros.

Non solum bona et catalla, sed et possessiones et status immobiles per testamentum concedi possunt omnibus civibus, etiam uxori a marito, et infanti in utero materno. Agri corporibus aggregatis sive ecclesiasticis sive laicis testamento aut ullo alio instrumento concedi non possunt sine licentia regis (g); neque

(a) Cf. tract. de just. n. 486.

(b) Vol. 2, p. 499.

(c) Cf. tr. de just. n. 590.

(d) Cf. ibid. n. 385 et seq.

(e) Cf. ibid. n. 313.

(f) Cf. ibid. n. 349 et seq.

(g) Cf. ibid. n. 547.

abalienari possunt in pios usus, nisi servantur conditiones quas in tract. de just. nn. 551 et 552 exposuimus.

Punctum Secundum.

Quid sint codicilli, et quænam solennitates sive in testamento sive in codicillis conficiendis servandæ sint?

338. Codicilli sunt instrumentum scriptum post testamentum confectum, quibus ea quæ per testamentum ordinata sunt explicantur aut mutantur. Quoniam respiciuntur ut pars ipsius testamenti, eisdem præscriptis juris atque ipsum testamentum reguntur, et in eis conficiendis eadem solennitates servari necesse est.

Quod attinet ad solennitates testamenti aut codicillorum, exceptis testamentis nautarum dum in mari navigant, et militum dum expeditionibus intersunt, omnino necesse est post diem 1^{um} mensis Januarii A. D. 1828, ut scriptis mandentur; et ut nomen testatoris in extremo instrumento subsignetur præsentibus duobus testibus, qui etiam nomina sua ut testes rite confecti instrumenti subscribere tenentur. Necesse non est ut ipse testator nomen suum scribat; sufficit enim si alii mandet præsentibus testibus ut nomen suum subscribat; aut si nomen jam scriptum est in fine instrumenti, sufficit si coram testibus agnoscat hoc nomen suum esse subscriptum. Sed omnino necesse est ut aut ipse scribat, aut alii scribere mandet, aut nomen subscriptum agnoscat coram duobus testibus *simul præsentibus*; et ut testes nomina sua præsentem *simul* testatorem et utroque teste subscribant. Si vero testator agnoscat suum nomen instrumento subscriptum esse, neque crucis figura neque ullum aliud signum necessarium est. Sed non sufficit ut nomen testatoris in initio instrumenti, aut in aliqua parte nisi in extrema subscribatur, saltem ut rata et valida efficiatur aliqua pars instrumenti quæ infra nomen subscriptum ponitur. Quum hoc primò lege præscriptum est, innumera testamenta irrita ideo declarata sunt quod nomen testatoris in extremo testamento [*at the foot or end of the will*] subscriptum non erat (a). Propter hoc præscriptum, si aliquod fere esset

(a) Verba statuti sunt nullum testamentum post diem 1^{um} mensis Januarii A. D. 1848, ratum fore, "unless it shall be *in writing*, and signed *at the foot or end thereof* by the testator, or *by some other person in his presence, and by his direction*, and such signature shall be *made or acknowledged* by the testator in the presence of two or more *witnesses present at the same time*, and such witnesses shall attest and *shall subscribe the will in the presence of the testator*; but no form of attestation shall be necessary."

intervallum inter scripturam et nomen subscriptum testatoris, testamentum irritum declaratum est. Ad hoc maximum incommodum tollendum, novum statutum (15 et 16 Vict. c. 24) latum est, secundum quod nomen subscriptum testatoris valet, si ita scriptum est in extremo instrumento, sive ad extremam scripturam, sive sub ea, sive juxta eam, ut ex ipsa facie instrumenti appareat testatorem hac subscriptione id ut suum testamentum confirmare voluisse (a). Non tamen sufficit subscriptio ad confirmandum aliquid quod infra nomen aut post scriptum illud positum est; et ideo si testamentum ex pluribus plagulis constet, et nomen testatoris modo exposito in fine singularum plagularum subscriptum sit coram testibus qui nominibus suis scriptis hoc rite attestantur, hoc sufficiet ad testamentum confirmandum usque ad finem paginæ in qua nomina scripta sunt; non vero valebit ad partem testamenti confirmandam, quæ in proxima plagula scripta fuerit. Quanquam autem nomen testatoris subscriptum est in fine singularum plagularum aut etiam paginarum, attamen ne hoc quidem sufficiet ad has plagulas ratas reddendas, nisi nomina testium his locis subsignentur; sed si nomen testatoris et testium in fine testamenti subscribantur modo exposito, hoc sufficiet ad totum testamentum ratum efficiendum. Quoniam igitur subscriptum testatoris nomen in fine singularum plagularum minime necessarium est, et tantum proficit ad probandum has plagulas partes esse testamenti, longe tutius et commodius nobis videtur ut diversæ plagulæ simul firmiter ligentur, ut paginæ numerentur, et ut in attestationis clausula declaretur ex quot paginis testamentum constet. Si nomen testatoris non immediate post scripturam sed paulo infra subsignetur, et aliquid postea inter scripturam et nomen subscriptum inseratur, hoc omnino irritum erit, nisi testamentum iterum a testatore et testibus nominibus subscriptis confirmetur; sed quoad attinet ad eam partem quæ scripta est ante instrumenti executionem testamentum ratum et firmum permanebit.

339. Etsi ad validum testamentum necessarium non est ut adscriptus sit dies quo factum est, attamen hoc prætermitti nullo modo debet; sed adscribi debet dies non in principio sed in fine

(a) "As to the *position* of the signature, it is by 15 & 16 Vict. c. 24, made sufficient if it be placed *at or after, or following, or under, or beside, or opposite to the end* of the will, in such manner that it shall be *apparent on the face of the will*, that the testator intended to *give effect by such signature to the writing signed as his will*; but the signature is not sufficient to give effect to any disposition *underneath or following it*, or inserted after the signature is made." Stephen, vol. 1, p. 606, n. s.

testamenti. Quanquam enim nunc non adeo necessarium est cognoscere diem quo testamentum confectum est; quia ex statuto (1 Viet. c. 26, s. 24) testamentum, non solum quatenus ad bona et catalla, sed etiam quatenus ad proprietatem immobilem attinet, tribunalia interpretabuntur quasi confectum sit statim ante mortem testatoris, nisi ex ipso testamento contraria voluntas appareat (a); attamen sæpe magni refert ut dies accurate notetur. Si enim, ut non raro evenit, testator plusquam unum confecerit testamentum nullo die adscripto, sæpe difficile aut etiam impossibile erit probare quodnam ex eis ultimum confectum sit. Si autem dies in principio testamenti adscriptus est, hoc per se nullo modo probabit testamentum illo die confectum esse; homines enim non raro incipiunt testamentum scribere, idque aut nunquam aut nonnisi post plures annos absolvunt. Si vero dies notatus sit in fine scripturæ ante nomen testatoris subsignatum testamentum hoc die confectum esse, prima facie, ut aiunt, censebitur.

Necessarium non est ut in testamento aliquis designetur a testatore cui officium exsecutoris committat, sed hoc nunquam prætermitti debet. Hoc quidem non spectat ad formam testamenti quatenus attinet ad possessiones immobiles; sed quatenus attinet ad bona et possessiones mobiles, omnino necesse est ut aliquis a tribunali quod hujusmodi negotiis præpositum est, ad bona defuncti administranda constituatur. Jamvero non sine multis incommodis et impensis constitui potest administrator bonorum defuncti a quo nemo ad officium exsecutoris sui testamenti designatus est, ut paulo infra dicemus.

340. Omnino necesse est ut duo testes simul præsentés sint quum testator nomen suum subscribit, aut jam subscriptum agnoscit, et ut ipsi testes nomina sua in testimonium hujus facti subscribant. Necessarium igitur est ut nomen testatoris subscriptum sit antequam testes sua nomina subscribant, et si nomina testium prius subscripta essent, testamentum foret irritum. Necesse est etiam ut duo testes adsint quum nomina sua subscribunt. In quodam casu Caius nomen testamento suo subscripsit præsentibus duobus famulis Petro et Paulo; Petrus, quum nomen suum ut testis subscripsisset e cubiculo decessit antequam Paulus nomen suum subscripsit, quo probato testamentum irritum decla-

(a) Verba sunt: "That every will shall be construed, with reference to the real estate and personal estate comprised in it, to speak and take effect as if it had been executed immediately before the death of the testator, unless a contrary intention shall appear by the will."

ratum est (a). Item necessarium est ut duo testes nomina subscribant præsente testatore, et ita ut dum nomina sua subscribunt ab eo videri possint. Itaque si in aliud conclave abierint ibique nomina sua subscripserint non præsente testatore, testamentum irritum erit; et idem dicendum est si nomina sua subscripserint in secessu ejusdem cubiculi in quo adest testator, si ibi eos nomina sua *subscribentes videre non potuerit*. Et si testator, ut non raro accidit, dum testamentum conficit in lecto detineatur, non debet tergum testibus vertere quum nomina sua subscribunt; quia *quanquam necesse non est probare testatorem vidisse testes nomina sua subscribentes, necesse est ut potuerit eos hoc facientes videre. Etiam si testator sit cæcus*, necesse est ut testes nomina sua subscribant in loco ubi eos videre potuerit, si sensum videndi habuisset. In quodam casu Bertha ivit domum Caii litium procuratoris ut testamentum suum adhibitis debitis solennitatibus conficeret. Ipsa in curru mansit ibique nomen suum præsentibus testibus testamento subscripsit; quo facto testes in domum reversi sunt ibique nomina sua subscripserunt. Mortua Bertha et lite de validitate testamenti intenta, probatum est a Maria, quæ in curru juxta Bertham sedebat dum testes nomina sua testamento adscribebant, Bertham *videre potuisse* eos nomina subscribentes, quia currus casu abactus erat ad fenestram conclavis in quo sua nomina subscripserunt: quo probato testamentum ratum declaratum est (b). Caius duo instrumenta in modum testamenti in eadem plagula scripsit, et utrique nomen suum præsentibus duobus testibus subscripsit, qui tamen nomina sua primo instrumento tantum subscripserunt: declaratum est secundum instrumentum irritum esse ob hunc defectum, etsi testes æque aderant nomini testatoris utrique instrumento subscribendo. Et quanquam testator non tenetur nomen suum coram testibus subscribere, modo nomen suum jam subscriptum coram testibus agnoscat, ut vidimus; hoc non sufficit quoad attinet ad testes; omnino enim necesse est ut eorum uterque nomen suum revera subscribat, aut subscribi jubeat coram

(a) Attamen Dominus St. Leonards contrariam tenet sententiam, ait enim; "I have advised you to keep both the witnesses present until they have both signed the attestation. This is not required by the Statute, and after some doubt it *appears to be settled that it is not necessary*, although I think it highly expedient, for it will impress the matter more upon their minds." Handy Book, p. 244.

(b) "In another case of this nature there was an unseemly contest between the Court of Chancery and the juries who had to try the validity of a will of a noble Duke, which depended upon the question whether the testator *could see the witnesses who signed in an adjoining room*. Two juries found in favour of the will, and yet the Court directed a third trial." Handy Book, p. 246.

altero et coram testatore. Neque potest testis novam vim impertire nomini jam subscripto literarum formas jam scriptas sicco calamo persequendo, vel aliquid v. g. diem, aut locum habitationis addendo. Caius mane nomen suum testamento suo subscripsit præsente Petro medico, qui nomen suum ut testis subnotavit. Post meridiem Petrus et Paulus qui quoque erat medicus convenerunt in cubiculo Caii, qui iis præsentibus nomen suum subscriptum agnovit, et Paulus nomen suum ut testis subscripsit, dum Petrus diem ascripsit, et lineam ex transverso super *t* literam traxit. Attamen a senatu superiore declaratum est Petrum non rite attestatum esse, atque ideo irritum esse testamentum.

341. Etsi verba statuti expressa exigunt ut duo testes testamentum attestentur, attamen declaratur nullam formam attestationis necessariam esse. Sufficit ergo si verbum *testes* [*witnesses*] ante nomina testium vel post ea vel juxta ea subscriptum notetur. Quin immo sufficere videtur si nullo verbo addito testes nomina sua ita subscribunt ut ex ipsa facie instrumenti appareat eos nomina sua ut testes subscripsisse. Attamen deficiente attestatione probatio non concedetur, donec unus ex testibus, aut si ambo mortui sint, alius testis oculatus probaverit, testatorem et testes nomina sua modo debito subscripsisse; et etiam si aliquod interscriptum aut erasum in testamento occurrit (*a*) hoc in attestatione notari debet. Sed quod attinet ad mutationes, hæ fieri non debent per interscripta aut lituras sed per codicillos rite subscriptos et testatos. Quod attinet ad interscripta, nisi in ipsa attestatione, aut alio modo jam indicando declaretur hæc facta esse antequam nomina testamento subscripta sint, in jure præsumetur hæc introducta esse postquam testamentum perfectum est, et ideo omnino irrita et nulla erunt. Sed testimonium viva voce proferre licebit, ut probetur hæc in testamentum introducta esse antequam per subscriptionem nominum perfectum sit. Si vero lituræ sine attestatione mutationis in testamento occurrunt, verba supra lituram scripta nullam vim habebunt, et si verba erasa ope hominum peritorum aut instrumentorum legi possunt, eandem vim habebunt ac si nunquam erasa essent. Si autem legi non possunt, testamentum, quoad ad hanc partem attinet, irritum erit; neque testimonium viva voce prolatum admittetur ad probandum quæ verba erasa sint, quum

(*a*) Accipe formam attestationis quæ utiliter adhiberi possit. Signed, published, and declared by the testator (John Smyth) as his last will and testament in the presence of us, present at the same time, who in his presence and in the presence of each other, have hereunto subscribed our names as witnesses; the words interlined in p. 1, line 3 (repeat them) having been first added; and the erasures (name them p. 2, line 4) having been first made. Deinde nomina testium subscribuntur.

testator per litem voluit legatum simpliciter revocare. Si vero voluit unum legatum vice alterius substituere, testimonium viva voce proferre licebit ad probandum quæ verba erasa sint, et hoc probato ea vim pristinam obtinebunt. Itaque omnes mutationes aut fieri debent per codicillos, aut in attestazione speciatim notari, aut testator et testes nomina sua subnotare debent in margine juxta interscriptum aut litem, aut in fine notæ in qua mutationes declarantur. Dicitur primas nominum literas [*the initials*] testatoris et testium in margine positas sufficere ad litem et interscripta rata efficienda, sed non invenio casum in quo hoc declaratum est, et ideo omnino cavendum est ut nomina integra scribantur.

342. Jam diximus necesse non esse ut ipse testator nomen suum scribat, etiamsi id scribere possit, sed sufficere si hoc faciat alter ex mandato testatoris. Potest etiam alteruter ex testibus nomen testatoris subscribere; et in quodam casu ubi testatoris nomen sic subscriptum erat: "Caius Hart pro Petro Smith et ex ejus mandato;" testamentum ratum declaratum est. Et quum Caius nomen Petri testatoris subscripserit, etsi necessarium non est, attamen valde utile erit hoc in clausula attestacionis declarare. Diximus etiam quum testator ob aliquam causam nomen manu propria non scribit, necessarium non esse ut hoc aliquo signo notet, sed non erit inutile aliquam notam apponere qua constet nomen auctoritate testatoris scriptum esse (a).

Neque necessarium est ut ipsi testes nomina sua scribant: sufficit enim ut ipsis præsentibus alius pro eis hoc faciat. Sed unus ex testibus non potest nomen alterius testis scribere, neque maritus nomen uxoris. Sed quum unus ex testibus nomen suum scribere nequit, etsi alter testis hoc pro eo facere non potest, attamen ejus manum manu superimposita regere potest, ita ut ipse literas sui nominis scribat. Sed in tali casu melius est ut testis qui nomen suum scribere non potest aliquam notam modo jam exposito apponat. Manifestum etiam est testem qui nomen suum subscribere nequeat extra casum necessitatis adhiberi non debere. Et non sufficeret ut testis qui nomen suum scribere nequit, nomen suum antea subscriptum coram testatore et altero teste agnosceret, sed ipso tempore quo testamentum perficitur nomen subscribi debet, quanquam sufficit ut ipse *testator* nomen suum antea subscriptum coram testibus simul præsentibus agnoscat. Neque necesse est ut testator agnoscat instrumentum cui

(a) Nota plerumque apposita est signum sanctæ crucis. Sic sæpe apponitur

his
John x Smith.
mark.

nomen suum appositum est, suum esse testamentum; neque ut *verbis* declaret se nomen testamento subscripsisse, et se velle ut testes modo statuto hoc testificentur; sufficit enim si hæc aliis signis manifestaverit, dummodo testes ejus nomen subscriptum viderint. Attamen nisi testator nomen suum præsentibus testibus subscripserit, debet id ipsis monstrare; si enim scriptum ita complicatum sit, ut testes nomen subscriptum videre non possint, testamentum irritum erit, etiamsi testator coram testibus antequam sua nomina subscribant hoc suum esse testamentum declararet. Quum vero ex ipsa facie testamenti, ut in casu allato, apparuerit id rite perfectum esse, onus probandi in eos conjicietur qui id ratum esse denegent; neque tribunal magnopere confidet memoria testium, præsertim si multum temporis effluxerit ex quo instrumentum confectum est.

Lis orta est utrum debitæ solennitates observatæ essent quum Bertha suum testamentum perfecit. Ex ipsa facie instrumenti videbatur id rite perfectum esse, quia ab ipsa Bertha et a duobus testibus subscriptum erat. Testes erant duo ex domesticis Berthæ, sed non cognoverunt instrumentum cui subscripserant esse testamentum; et quanquam scribebat Bertha quum cubiculum ingressi sunt, neque videbant eam nomen suum subscribentem, neque ipsa agnovit coram eis nomen suum subscriptum esse; attamen quia scriptum erat apertum, et testes nomen subscriptum videre potuerant, testamentum ratum esse declaratum est. Etiamsi unus ex testibus res quasdam declaret, quæ si veræ essent, testamentum foret irritum, attamen si alter testis has res deneget, ejusque testimonium ex circumstantiis confirmetur, testamentum ratum esse pronuntiabitur.

343. Quicumque usum rationis habet potest esse testis; ideoque minores, creditores, feloniam damnati, alique omnes hoc munere fungi possunt. Etiam ii qui executores testamenti constituti sunt, testes esse possunt, et ipsi etiam legatarii; sed quoad attinet ad legatarios, etsi ipsum testamentum ratum erit, omne legatum quod datur aut ipsi testi aut ejus uxori, vel marito, ex 25 Geo. 2, c. 6, irritum et nullum erit. Creditores vero et executores nullo modo testes esse prohibentur; attamen si disceptatio oriatur de validitate testamenti, eorum testimonium ex his sicut ex aliis circumstantiis, et præsertim ex eo quod criminis alicujus convicti sint, infirmari potest. Plerumque summa pecuniæ legatur testamenti executori ad ejus laborem in administrandis rebus defuncti compensandum; at si est testis, quanquam executor permanebit, attamen legatum irritum et nullum erit. Manifestum est unumquemque debere, quantum id fieri possit, testes fide dignos, et quorum testimonium nullam suspicionem

ingerat, adhibere, qui etiam locum habitationis scribere debent. Testator etiam eos admonere debet instrumentum cui nomen suum subscribat aut subscripserit, et cujus rei velit eos esse testes, suum testamentum esse: his enim observatis vix moveri potest controversia de validitate testamenti, et si moveatur facile componetur.

Insuper quanquam ut supra diximus clausula attestationis necessaria non est ad testamentum ratum faciendum, attamen nisi declaretur modo exposito testatorem nomen suum subscripsisse praesentibus duobus testibus, quorum uterque coram testatore et coram altero teste nomina sua subscripserit, tribunal testimonium exiget unius ex testibus, ut probetur testamentum modo debito subscriptum fuisse, quod nullo modo, nisi lis de hac re moveatur, exigetur, si clausula attestationis inseratur.

344. Jam diximus codicillos perfici debere eodem modo atque ipsum testamentum; id est necesse est ut nomen testatoris subscribatur aut agnoscatur coram duobus testibus, qui etiam sua nomina in hujus rei testimonium subscribere tenentur. Si codicilli non scribantur in eadem plagula quæ continet ipsum testamentum, omnino convenit ut cum plagulis in quibus testamentum scribitur ligentur. Verbum *codicillorum* necessarium non est, si ex ipso scripto clare patet id certo testamento adjiciendum esse; sed revera debet testator ponere verbum *codicillorum* in principio scripti. Valde etiam notandum est codicillos modo exposito rite perfectos ratum efficere posse testamentum, quod alias irritum esset ex defectu solennitatum, ut infra exponetur.

345. Omnino etiam expedit ut dies eodem modo in codicillis notetur quem supra de testamento diximus; namque hic erit dies etiam ipsius testamenti, et tanquam hoc die confectum habebitur, nisi contraria intentio ex ipsis codicillis appareat. Diximus novam legem ex qua omne testamentum, etiamsi res tantum mobiles respiciat, subscribi necesse est ab ipso testatore et duobus saltem testibus modo exposito, non attinere ad testamenta confecta ante diem primum mensis Januarii 1838; sed si post hunc diem testamentum mutatum fuerit, aut si postquam revocatum fuerit, postea per codicillos, aut per novam testatoris subscriptionem renovetur, solennitates ex 1 Vict. c. 26, s. 34, necessario servandæ sunt; et ipsum testamentum die quo mutatum aut renovatum fuerit (saltem quoad attinet ad statuti præscripta) confici censebitur. Ante hanc legem latam magnum erat discrimen quoad ad solennitates attinebat, inter testamenta quibus de rebus tantum mobilibus et ea quibus de rebus immobilibus disponebatur. Priora ne scriptis quidem mandari necesse erat, et quum scriptis mandarentur, non solum nullus testis erat necessarius, sed ne ut a testatore

quidem subscriberentur requirebatur. Posteriora vero [*devises of lands and tenements*] non tantum scriptis mandari necesse erat, sed insuper ut instrumentum aut ab ipso testatore aut ab alio, testatore præsente et mandante, subscriberetur, et etiam ut subscriberetur a *tribus fide dignis* testibus. Nunc autem eadem solennitates necessariae sunt et sufficiunt, sive testamentum spectat ad res mobiles sive ad immobiles: quicumque usum rationis habet potest esse testis, et duo tantum testes requiruntur. Et hoc adeo verum est, ut si Caius potestatem concedat v.g. Berthæ de rebus sive immobilibus sive mobilibus per testamentum disponendi, ea conditione ut testamentum ab ea subscriptum fuerit coram quatuor testibus, aut servata quadam alia solennitate a lege non requisita, et Bertha, hoc non obstante, testamentum conficiat coram duobus tantum testibus, et solennitatibus a jure præscriptis solis servatis, id sit ratum et validum (a). Attamen aliquod adhuc viget discrimen inter solennitates requisitas quando testamentum attinet ad res immobiles, et quando circa res tantum mobiles versatur. In priore casu, id est, quando testator disponit de agris aut tenementis quæ sita sunt in Magna Britannia aut in Hibernia, etiamsi domicilium habet, et testamentum confectum est in regno extero, solennitates prædictæ omnino necessariae sunt; neque sufficit ut testamentum ratum et validum sit secundum leges loci ubi domicilium habet. Quod attinet vero ad testamentum quo civis Britannicus qui fato functus est post diem 6^{um} Augusti A. D. 1861, de rebus tantum mobilibus disposuit, si confectum est in nostro territorio et solennitates quæ in loco ubi confectum erat tunc obligabant observatæ erant, testamentum ratum est, etiamsi ille civis domicilium suum et tunc quum confectum est testamentum et quum mortuus est extra nostrum territorium habuerit. Ex supra dictis patet si testamentum confectum sit in Anglia aut in Hibernia necessario observandas esse solennitates quas supra exposuimus. In aliis vero locis in quibus hæ solennitates præscriptæ non sunt, sufficit ut testamentum conficiatur secundum formam quæ legibus statuta est in illis locis. Si vero testamentum alicujus ex nostris civibus extra

(a) Simile præscriptum valet quum dispositio ex potestate concessa non fit per testamentum sed per factum. By 22 & 23 Vict. c. 35, s. 12, "Any deed thereafter executed in the presence of, and attested by two or more witnesses, in the way in which deeds are *ordinarily* executed and attested, shall, so far as respects the execution and attestation thereof, be a valid execution of a power of appointment by deed, or by any instrument in writing, notwithstanding it shall *have been expressly required* that a deed or instrument in writing, made in exercise of such powers, should be executed or attested with some additional or other form of execution, attestation or solemnity." Cf. ap. Step. vol. 1, p. 557, n. a.

Magnam Britanniam et Hiberniam confectum est, ratum et validum est si in eo observatæ sunt solennitates præscriptæ in loco ubi confectum est, aut ubi testator domicilium (a) habuit quum confectum est, aut quæ eo tempore vim ex legibus habebant in ea parte imperii nostri ubi ille civis natus est.

Attamen in memoria tenendum est testamentum ratum non esse, quoad attineat ad agros et hereditamenta, nisi subsignetur a testatore coram duobus testibus qui etiam nomina sua subscribere tenentur modo supra exposito; et nisi hoc modo perficiatur, ratum quidem esse potest quantum ad res mobiles, irritum vero erit quantum ad res immobiles attinet. Itaque omnino expedit ut solennitates prædictæ semper observentur; quia hæ non obstant ne solennitates aliæ quæ fortasse præscriptæ sunt in alieno territorio quoque observentur, si testator ibi bona mobilia aut immobilia possideat.

Punctum Tertium.

Quo modo interpretanda sint testamenta?

346. Quod attinet ad regulas juris secundum quas testamenta interpretari necesse est hæ fere eædem sunt quas supra de interpretatione factorum exposuimus (b). Attamen interpretatio testamentorum multo benignior est quam quæ in factis præscribitur; ut ex dicendis patebit. Et hic imprimis observandum est testatorem secundum pronunciatum juris *consilii inopem* haberi, ideoque *verba artis*, quæ vocantur, ut *heredis*, aut *heredis corporis*, quæ in factis omnino necessaria sunt ad statum hereditarium aut talliatum conferendum, in testamento non esse necessaria ad hoc efficiendum; regula enim juris est ut testamentum interpretari oporteat secundum mentem testatoris. Verum ante A. D. 1838, verbum *heredis* necessarium non erat ad statum hereditarium conferendum, si testator aliis usus est verbis quibus ejus intentio

(a) "By 24 & 25 Vict. c. 114, s. 3, it is declared that no will of any person who shall die after 6th of August, 1861, shall be held to *be revoked or to have become invalid, nor shall the construction thereof be altered*, by reason of any subsequent change of *domicile* of the testator. . . . And c. 121 enables Her Majesty to direct, by order in Council, that no British subject resident at the time of his death in any foreign country named in such order (and with which country she has by convention agreed that similar provisions shall be made with regard to the subjects thereof resident in the United Kingdom), shall be deemed to have acquired a domicile in such foreign country, unless residing there for a year preceding death, and having made such declaration of desire to become domiciled as in the Act mentioned." Cf. ap. Step. vol. 2, p. 204, n. o.

(b) Cf. supra nn. 52 et seq.

statum hujusmodi legandi patefieret, ut si legasset suos agros Caio *in perpetuum*, aut *totum suum statum* in agris ei legasset; tamen si simpliciter legasset suos agros Caio, is usque ad A. D. 1838 nonnisi statum *in vitam* accepisset, etiamsi nullam aliam dispositionem circa hos agros testator fecisset. Sed ex statutis antea citatis 7 Guliel. IV., et 1 Vict. c. 26, Caius hos agros in feudo simplici acciperet; his enim statutum est ut si testator res immobiles alicui legaverit sine restrictione, hic totum statum quem possederit testator tempore mortis suæ accepturus sit, nisi ex ipso testamento hanc non fuisse mentem testatoris appareat (a). Sed non obstantibus his et aliis emendationibus quæ statutis laudatis factæ sunt, meminisse debent testatores mentem suam ex verbis testamenti scriptis interpretandam esse. Itaque quanquam certum sit intentionem testatoris fuisse ut totum suum statum tum mobilem tum immobilem in certum usum legaret, attamen si verba testamenti nonnisi statum mobilem complectantur et testator statum tum mobilem tum immobilem possideat, legatum ad statum mobilem restringetur. Quædam igitur sunt verba sine quibus legatum ratum esse potest, quæ tamen ita apta sunt ad mentem testatoris circa quædam legata exprimendam, ut in his concedendis omitti non debeant. Præcipua hujusmodi vocabula sunt *devise*, *heirs*, et *lands and tenements*, et *real and personal estate*. Vocabulum *devise* semper adhibetur a jurisperitis quando agitur de legatis agrorum et tenementorum. Usque ad annum 1838 si in testamento Caii scriptum erat, "*I devise all my lands and tenements to Julius*," et Caius habuerat agros tum in feudo tum in certum annorum numerum, Julius tantummodo acciperet agros qui in feudo tenebantur. Si vero Caius nullos habuit agros præter eos qui in annos tenebantur, Julius hos acciperet; manifestum enim tunc esset ex ipso testamento Caium voluisse hos agros ei legare. Nunc autem secundum 7 Guliel. IV., et 1 Vict. c. 26, s. 26, statutum est; *that a devise of the land of the testator, or of the land of the testator in any place, or in the occupation of any person mentioned in his will, or otherwise described in a general manner*, ita ut verba statum in annos designarent, si testator nullum statum immobilem haberet, etiamsi statum immobilem habeat, etiam statum in annos complectatur. Vice versa, si in Caii testamento scriptum est: "*I will and bequeath all my lands and tenements to Julius*," et nullum statum nisi

(a) Verba statuti sunt: "That where any real estate shall be devised to any person without words of limitation, such devise shall be construed to pass the fee simple, or other the whole estate or interest which the testator had power to dispose of by will, in such real estate, unless a contrary intention shall appear by the will."

immobilem habuit, Julius propter rationem supra allatam statum immobilem acciperet; si vero habuit statum tum mobilem tum immobilem in agris, Julius etiam nunc statum tantum mobilem acciperet, quia in hoc casu lex antiqua per statutum mutata non est. Caius confecto testamento in quo scripsit, *I bequeath my lands, tenements, and personal property* in certum usum, mortuus est. Agri tenebantur in 40 annos et in vitas trium hominum. Testamentum irritum declaratum est, quantum attinebat ad agros, quamdiu aliquis ex iis in quorum vitas concessi erant superstes esset. Heres voluit agros vendere, sed pretium perexiguum pro iis dabatur; quia si ii omnes in quorum vitas tenebantur annis non elapsis morerentur, agri ad exsecutores pervenire debebant; neque potuerunt exsecutores quidquam obtinere pro reversione agrorum; quia fortasse anni præterirent antequam ii omnes in quorum vitas agri concessi erant morerentur, et tunc nullum commodum ex eis acciperent testamenti exsecutores.

347. Ex dictis facile intelligi potest quatenus necessaria sint verba [*real and personal estate*], aut verbum *devise* in testamento scribendo. Sic in casu jam allato si Caius scripsisset, “*I will and bequeath all my real and personal estate,*” aut “*I devise and bequeath all my lands, tenements, and personal property,*” in certum usum, sane testamentum ratum et validum fuisset; quia hæc verba mentem testatoris clare expressissent. Certe quidem regula juris circa descriptionem rei quæ conceditur per testamentum longe minus rigida est quam quæ præscribitur circa abalienationes per factum. Sic si Caius per factum certam domum cum iis rebus quæ cum ea connectuntur [*appurtenances*] concedat Julio, is nihil aliud præter ipsam domum, pomarium, hortum et aream [*the curtilage*] accipiet; si vero domum, aut domum cum eis rebus quæ cum ea connectuntur, leget [*devises*] Julio, quantum per hæc verba legare voluerit, ex tenore totius testamenti deducendum est. Legatâ aut domo, aut domo cum iis rebus quæ cum ea connectuntur, agri circumjacentes et ædificia comprehendendi possunt. Sed ne intentio sua irrita reddatur, ad lites præcavendas, et ob alias gravissimas rationes, testator debet legatum accurate describere. Si ergo legatum constet ex agris et tenementis quæ in feudo aut in vitam tenentur, sufficiet quidem ut testator *devise* suos agros et tenementa his nominibus; sed quia verbum *devise* ex incuria, ignorantia, aut alia causa fortasse prætermittetur, non inutile erit scribere se legare [*devises and bequeaths*] omnem suum statum tum immobilem tum mobilem [*all his estate, real and personal*] certis personis, aut fiduciariis in certos usus. Utique potest testator statum suum sive immobilem sive mobilem quibuscumque personis, et in quoscumque usus (ser-

vatis tamen præscriptis de abalienationibus in manu mortua) legare, et tantum monere volumus ut verbis consuetis, etsi non sunt *verba artis*, utatur, et ut ipsum statum accurate describat. Alia ratio quare hoc fieri debeat hæc est, quod si testator suum statum tum immobilem tum mobilem legat, etsi tempore testamenti confecti nullum statum immobilem habet, attamen, nisi aliter per ipsum testamentum statutum est, si postea statum immobilem acquirat, testamentum etiam hunc statum complectetur.

348. Testator non solum legare potest suum statum, sive est in possessione, sive in residuo, sive in reversione, sed etiam quascumque res ipse exspectat, ut heres legalis, aut legatarius [*devisee or legatee*] alicujus qui adhuc inter vivos superstes manet, dummodo ipse legatarius vivat, donec ipse jus ad res legatas acquirat. Præterea nunc non semper necessarium est ut ipse legatarius superstes sit quum testator fato fungitur. Ante leges 7 Guliel. IV., et 1 Vict. c. 26, s. 30, latas, quandocumque legatarius mortuus est ante legatorem, legatum irritum factum est; et huic legis interpretationi adeo stricte adhæserunt iudices, ut si Petrus statum legasset Paulo ejusque heredibus corporis masculis, et Paulus ante Petrum mortuus esset relicto filio Joanne, nihil omnino acciperet Joannes, sed status ad Julium heredem Petri perveniret. Et hoc verum esset si Petrus statum legasset Paulo ejusque heredibus corporis, et simul legasset [*had devised*], Caio totum suum statum immobilem qui remaneret postquam ea quæ in testamento ordinasset componerentur [*had made Caius his residuary devisee*]. In hoc enim casu si legatum esset irritum sive quia legatarius statûs immobilis ante testatorem mortuus esset, sive quia usus ob quem constitutus esset contra legem foret, status non ad legatarium cui residuum statûs immobilis concessum est, sed ad Julium heredem testatoris ejusque heredes perveniret. Quod attinet ad hanc ultimam partem, iudices semper modo diverso legem interpretati sunt circa res mobiles, quæ in casibus prædictis non iis quibus secundum juris præscripta bona defuncti distribui debebant, sed legatario cui residuum hujusmodi bonorum concessum est, adjudicabantur. Nunc autem ex stat. prædict. si Petrus statum immobilem leget Paulo aut in quemdam usum, et legatum propter mortem Pauli, aut quia usus non est legitimus irritum sit, status non heredi adjudicabitur sed legatario si quis constituatur, cui residuum statuum immobilium, de quibus per testamentum non disponitur, legatur, nisi ex ipso testamento appareat (a) testatoris voluntatem fuisse diversam.

(a) "It is not necessary for the residuary devisee to show that the testator intended, in the given event, that the estate should pass as part of the residue;

349. Quod vero attinet ad vim ipsius testamenti, quando legatarius ante testatorem moritur, distinguendum est inter statum immobilem *talliatum* aut *quasi talliatum* (a), et alium statum sive immobilem sive mobilem. Quod attinet ad statum talliatum aut quasi talliatum, si Petrus cui cujusque heredibus corporis conceditur hic status a Paulo, ante Paulum moriatur herede corporis superstitute relicto, status nunc ad heredem corporis Petri perveniet eodem modo atque si Petrus Paulo superviveret, et statim post eum moreretur. Quod vero attinet ad statum immobilem non talliatum, aut ad statum mobilem defuncti, si is cui legatur sit filius testatoris, aut alius in linea recta consanguineus, et status non sit talis ut terminari possit ante vel per mortem legatarii [*the estate or interest be not determinable at or before the death of the devisee or legatee*], et legatarius ante testatorem moriatur relinquens filium aliosve liberos superstites, hi statum accipient eodem modo atque si legatarius testatori superviveret, statimque post eum moreretur. Et hic valde notandum est 1°. si Caius statum immobilem tum mobilem leget filio suo Julio absolute et in perpetuum, et Julius ante Caium moriatur nullis liberis relictis, utrumque statum perventurum esse ad legatarium residuarium, si talis per testamentum constitutus sit; et si talis non sit constitutus, statum immobilem ad heredem, statum autem mobilem ad alios etiam consanguineos Caii modo infra exponendo perventurum. Si vero Julius liberos post se relinquat, ex quo fit ut testamentum quantum ad eum attinet ratum efficiatur; et si ipse testamentum conficiat, propriis liberis prætermisissis, hoc testamentum ratum erit, et legatarii Julii possessiones et bona sic legata accipient, eodem modo atque si Julius Caio superviveret statimque post eum moreretur. 2°. Notandum est quanquam in statu hereditario concedendo per testamentum, vocabulum *heredis* necessarium non sit, attamen in censu annuo perpetuo concedendo qui ex statu immobili solvendus est, verba quibus jus hereditarium significetur (b) omnino necessaria esse. 3°. Quanquam Petrus per testamentum rite et valide disponere potest non tantum de toto suo statu sive immobili sive mobili, quem aut possidet tempore quo testamentum conficit, aut quovis tempore ante mortem acquirit, sed

but it is necessary for the heir at law resisting the claim of the residuary devisee to show, that by the declaration of the testator in the will, or from the frame of the devise, such was not his intention."—Lord St. Leonards, Handy Book, p. 258.

(a) De his statibus cf. Tract. de Just., n. 293, et seq., et n. 594.

(b) For example, I devise to Caius, his heirs and assigns, an annuity of £60 per an. to be paid out of my lands in the townland of Maynooth, in said parish, and barony of North Salt,

etiam de eis quæ hereditate, aut per testamentum, aut alio modo ad se perventura exspectat; attamen non raro accidit ut verba testamenti ad statum post ejus confectionem acquisitum conferendum non sufficiant. Sic Anna confecit testamentum quo omnes suos agros dictos de Raby Hall Caio legavit. Tempore testamenti conficiendi contractum inierat ad quosdam agros circumjacentes emendos, et postea alios emit agros maxima ex parte agris supra dictis contiguos. Attamen iudices declararunt ne eos quidem agros de quibus emendis contractum inisset quum testamentum confectum esset, nomine status dicti de Raby Hall inclusos esse.

4°. Quanquam per testamentum concedi potest omnis status quem testator inter testamentum confectum et mortem suam acquirit, attamen quoniam vendito statu, vivente testatore, hoc legatum quoad attinet ad hunc statum irritum est; ideo si testator iterum eum emeret velletque eum eidem legatario concedere, hoc debet per codicillos solennitatibus debitis confirmatos declarare. Non certo mihi constat statum iterum emptum ad legatarium ex testamento etiam ante venditionem confecto jure non perventurum, quia nullum novi iudicium quod circa hunc ipsum casum versatur (*a*); sed accipe sequentem qui propius ad rem pertinet. Ex ordinatione status quæ intuitu matrimonii Caii et Berthæ facta est, potestas data est Caio ut si nulli liberi ex matrimonio nascerentur, statum cuilibet concederet [*a power to appoint the property to whom he pleased*]; et etiam potestas ex consensu utriusque conjugis statum vendendi, et alium pecunia sic comparata emendi. Mortua est uxor sine liberis, quo facto Caius suo testamento fiduciariis constitutis jussit statum vendi, et pecuniam inde percipiendam Petro et Paulo legavit. Postea tamen ipse Caius vi potestatis ex ordinatione matrimoniali concessæ statum vendidit, aliumque pecuniâ sic comparatâ emi jussit; et paulo post fato functus est. Actione intentata declaratum est legatum Petro et Paulo dandum ex venditione status Caio vivente irritum factum esse, illosque nullo jure potiri sive ad pecuniam ex venditione status ordinati perceptam, sive ad novum statum qui hac pecunia emendus erat.

5°. Quanquam status sive immobilis sive mobilis, quem Petrus liberis suis aut aliis suis posteris concedit, etiamsi ii ante ipsum moriuntur, eorum liberis transmittetur eodem modo atque si ei supervixerint, nisi aliter in ipso testamento statuatur; attamen si quis ex liberis testatoris

(*a*) "In bequeathing your stock, give it generally, as all your funded property, or all your 3 per cents., or the like, and not the funds or 3 per cents. which you have now in your name. It seems that if having a brown horse, you were to bequeath it, and then to sell it and buy another brown horse, the latter would not pass." Handy Book, p. 256.

mortuus fuerit ante testamentum confectum, et hoc cognitum fuerit ipsi testatori, videtur legatum ei factum, etiamsi liberos reliquerit, irritum fore. Sic Bertha omnia sua bona suis liberis æqualiter distribuenda secundum legem legavit. Sed tempore quo testamentum confectum est, unus ex ejus filiis Paulus mortuus erat, liberis relictis; et hoc cognitum erat tum ipsi Berthæ tum ejus litium procuratori, a quo testamentum scriptum est. Hoc probato declaratum est neque Paulum neque ejus liberos quidquam accipere debere. 6°. Nullus actus testatoris post testamentum confectum sufficiet ad aliquid legatum in eo contentum irritum efficiendum, nisi iste actus sufficiet ad ipsum testamentum, quoad attinet ad hanc rem, irritum reddendum. Sic Caius legaverat absolute agros suos dictas de Elm Hall filio suo Petro, postea vero per factum abalienationis eisdem filio suo Paulo quamdiu is victurus erat abalienavit; sed quia abalienatio in vitam non sufficit ut testamentum quoad attinet ad legatum absolutum irritum reddatur, ideo post mortem Pauli, Petrus ejusque heredes vi testamenti statum de Elm Hall accipient.

350. In interpretandis legatis etiam antequam statuta recentiora lata sunt, etsi in testamento nulla verba essent quibus declararetur statum hereditarium concessum esse, regula generalis erat ut legatarii statum sufficientem ad fidei commissum exsequenda acciperent, etiamsi hoc totum feudum complecteretur. Sed sæpe difficile erat determinare utrum feudum an statum minorem accipere deberent; et si in modum fideicommissi acciperent, utrum fideicommisso completo, status fiduciariis concessus terminaretur. Nunc autem statutum est, ut si status immobilis in modum fideicommissi fiduciario aut exsecutori concedatur, is totum statum quem testator concedere potuerit, sive hic fuerit in feudo, sive in vitas, accepturus sit, nisi aut expresse aut ex interpretatione instrumenti appareat, statum tantummodo in vitam aut in numerum certum et determinatum annorum ei concedendum esse. Et insuper statutum est ut si testator statum immobilem fiduciario sine ulla expressa restrictione legaverit, neque commodum aliquod nec quod superfuerit de redditibus aut emolumentis alteri in vitam solvi jusserit; aut si commodum aut emolumentum ex statu percipiendum alicui in vitam concessum fuerit, usus autem ob quem status concessus est ultra ejus vitam perdurare possit, fiduciarius feudum simplex aut totum statum legalem de quo disponere potuerit testator per testamentum accipere debeat, et non statum qui terminabitur quum usus in quem concessus fuerit implebitur (a).

(a) Cf. 7 Guliel. 4, et 1 Vict. c. 26, ss. 30, 31.

Insuper quum testator habet agros proprios de quibus per testamentum disponere potest, et potestas ei concessa est de aliis agris per testamentum disponendi, generalis dispositio agrorum in suo testamento facta nonnisi agros suos proprios complectetur, non autem eos de quibus potestatem disponendi per testamentum accepit, nisi aut expresse, aut ex circumstantiis, ut si nullos alios habuerit agros quos per testamentum disponere potuerit, contraria intentio appareat. Et hæc interpretatio adhuc obtinet, si potestas Petro concessa disponendi de agris per testamentum non sit generalis, sed specialis ita ut de eis nonnisi in gratiam certarum personarum, aut certi generis personarum, disponere possit. Si vero testator potestatem habeat de eis disponendi in gratiam cujuslibet (quæ quidem potestas, quoad attinet ad facultatem de eis testamento disponendi, revera potestati dominii æquivalet), legatum generale statûs immobilis testatoris, aut statûs immobilis ejus in certo loco, aut qui a certa persona occupatur, aut qui alio modo generali describitur, statum non solum proprium, sed et eum de quo sic disponere potest complectetur, nisi contraria intentio ex ipso testamento appareat. Et idem præscriptum obtinet quum de statu mobili per testamentum disponitur.

351. Olim quum status aut in feudo, aut in vitam, aut in annos legatus esset Caio, et si is moreretur sine liberis [*upon his dying without issue*] Julio, hoc perverse ita interpretati sunt judices ut significaret, non tantum si Caius nullos haberet liberos aut nepotes tempore mortis suæ, sed si unquam etiam in seculis remotissimis posteri ejus deficerent, agros Julii posteris tradendos esse. Nunc autem secundum statuta allata verba illa, si Caius moriatur nullis liberis nec aliis posteris relictis [*die without issue*], ita interpretanda sunt ut hoc signifcent, si ipse nullos procreaverit liberos, aut si nullus ex iis eorumve posteris inter vivos tempore ejus mortis permanserit; nisi contraria intentio ex ipso testamento appareat. Ipsa verba statuti sermone Anglico exscribere opportunum videtur: "That in any devise or bequest of real or personal estate, the words 'die without issue,' or 'have no issue,' or 'die without leaving issue,' or any other words which may import either a want or failure of issue of any person in his lifetime, or at the time of his death, or an indefinite failure of his issue,—shall be construed to mean a want or failure of issue *in the lifetime or at the death of such person*, and not an *indefinite failure of his issue*, unless a contrary intention shall appear by the will, by reason of such person having a prior estate tail, or of a preceding gift, being (without any implication arising from such words) a limitation of an estate tail to such person or issue or otherwise. . . . And the Act shall not extend to cases where

such words as aforesaid import if no issue described in a preceding gift shall be born, or if there shall be no issue" who shall live to attain the age or otherwise answer the description required for obtaining a vested estate by a preceding gift to such issue.

352. Ex dictis patet perutile fore si in testamentis scribendis hæc serventur: 1°. si status quem Caius legat Paulo sit partim immobilis et partim mobilis, ut in testamento declaretur statum tum mobilem tum immobilem Paulo legatum esse. 2°. Si uxor testatoris jure ad doarium potiatur, ut declaretur utrum id quod ei in testamento legetur vice doarii detur necne. 3°. Si liberi testatoris jure potiantur ad quasdam partes ejus status post ejus mortem accipiendas, aut si pecuniam jam eis dederit ad eorum commodis consulendum, et postea legata eis suo testamento concedat, ut declaret utrum legata ultra partes debitas et pecuniam jam datam concedantur, an hæc de legatis deducenda sint. 4°. Si post legata per testamentum concessa testator filias suas dotet aut pecuniam filiis det ad eorum commodis et utilitatibus consulendum, debet per codicillos declarare utrum velit ut legata adhuc eis solvantur necne; et si legatum det Caio per codicillos, cui legatum jam dedit in testamento, declarare debet num utrumque legatum Caio solvendum sit, an illud tantum quod in codicillis continetur. 5°. Si testator debitis gravetur, et status habeat diversos, expedit ut declaret ex quo aut ex quibus statibus aut bonis debita solvenda sint; nisi malit jubere ut omnes suæ possessiones vendantur, et ut residuum post debita soluta nomine fiduciariorum in commodum certarum personarum collocetur, aut in certos usus impendatur. Nunc quidem possunt fiduciarii pecuniam sic acceptam collocare aut in fundis publicis, aut in emendis partibus rei communis argentariæ Anglicæ aut Hibernicæ, aut in agris pignori accipiendis; attamen opportunum erit ut testator potestatem concedat pecuniam aliis modis, v. g. in agris emendis impendendi, aut etiam totam summam unicuique legatam, aut aliquam ejus partem ei solvendi, quando hoc expedire videbitur ad ejus commodum promovendum. Quinimmo potestatem dare debet ipsis liberis ut summam sibi solvendam a fiduciariis exigant quum maturitatem ætatis ad prudentiam assecuti fuerint.

353. Quod attinet ad potestatem agros per testamentum abalienandi, ipsum legatum circa eos definiendi, circumscribendi, &c., ad arbitrium testatoris, notandum est tales dispositiones a tribunalibus haberi potius ut *abalienationes* [*conveyances*] quibus declarantur *usus* in quos agri tradantur quam ut legata ex testamento. Hinc per testamentum status concedi et limitari possunt eodem modo atque in abalienationibus ope statuti de usibus con-

fectis, etiam quum status tales sunt, ut in abalienationibus secundum jus commune confectis, concedi nequeant. Sic testator non tantum legare potest statum quem legatarius habebit aut in possessione statim post mortem testatoris, aut in residuo, sed etiam liberum tenementum *in futuro* possidendum, *feudum* super *feudum*, aut statum ab uxore sua post mortem ipsius possidendum. Et hi status legari possunt directe et sine ullo respectu ad statutum de usibus, 27 Hen. 8, c. 10, quanquam in testamentis a procuratoribus litium confectis, usus introducuntur eodem modo atque in abalienationibus ope prædicti statuti confectis; et tunc legatarius statum non solum æquitabilem sed etiam legalem accipiet; sed hoc potius ex voluntate testatoris quam vi statuti effici videtur (a). Legatum quo status futurus conceditur et limitatur contra præscripta juris com., legatum executioni mandandum [*an executory devise*] appellatur. Ante leges 7 Guliel. IV., et 1 Vict. c. 26, latas, si status immobilis legatus esset Caio, et si is sine liberis moreretur, Julio, status Caio legatus, ut jam vidimus, ut status talliatus habebatur, atque igitur Julio ejusve posteris tradi debebat, quodcumque posteri Caii deficerent: si vero catallum sive mobile sive immobile Caio legatum esset, et si is sine liberis moreretur Julio, legatum quatenus ad Julium attinebat erat prorsus irritum; quia status talliatus in hujusmodi rebus constitui non poterat, et ideo mortuo testatore catallum absolute ad Caium pervenit. Nunc autem quoniam secundum statuta, hæc verba *si Caius sine liberis moriatur*, interpretanda sunt, tamquam si scriptum sit *si neque liberos neque alios posteros tempore mortis post se relinquat*, si Caius liberos aliosve posteros tempore mortis suæ reliquerit, status ad Caii heredem, aut si de eo per testamentum disposuerit, ad ejus legatarios absolute perveniet. Si vero Caius nullos liberos nec posteros tempore mortis suæ superstites reliquerit, status immobilis ad Julium ejusve heredem aut legatarios descendet; status vero mobilis ad Caii legatarios aut si de eo per testamentum non disposuerit, inter ejus consanguineos secundum legem infra exponendam dividetur.

(a) De usibus Cf. Tract. de Just., n. 395 et seq. "As a devise (in the case of real estate) is considered to be in the nature of a conveyance declaring uses, so uses are often expressly introduced into them; and it has been the practice to introduce them in the same form as in conveyances under 27 Hen. 8, c. 10. It has been doubted, however, whether that Statute has any effect in the case of a devise: and though where uses are expressly and formally declared by the will, it may often be inferable that the testator had the Statute in view, and intended the conversion of the use into legal estate, according to its known mode of operation; yet it is rather by force of his intention, than of the Statute itself, that the legal estate in such cases would seem to pass." Step. vol. 1, p. 618.

Legatum statûs immobilis in possessione, sicut abalienatio ope statuti de usibus confecta, perfectum confert statum, etiam in hereditamento corporali sine ullo ingressu in agros, quanquam heres statum perfectum in agris quos vi ipsius juris accipit non habet donec eos aut per se aut per alium ipsius nomine agentem ingreditur (a).

354. Status quandoque per testamentum conceditur sine ullis verbis expressis, per interpretationem legalem mentis testatoris. Sic si Caius leget certos agros Julio heredi suo dandos post mortem Berthæ uxoris, status Berthæ in vitam suam legari censetur, quanquam nihil de hoc in testamento dicitur; quia manifestum est heredem a statu excludi quamdiu vivat Bertha, et nemo est præter Bertham qui interim statum accipere potest. Iterum si Caius leget certos agros Julio, et alios agros Petro, et si uterque sine liberis aliisque posteris relictis mortuus fuerit, Paulo in feudo; Julius et Caius residua transversa quæ vocantur [*cross-remainders*], quodammodo tacite [*by implication*] accipient; id est, si Julius mortuus fuerit, nullis posteris relictis, Petrus ejusve posterius totum statum in feudo talliato accipient, et vice versa, et ideo Paulus ejusve posterius nihil accipient, donec omnes posterius tum Julii tum Petri extincti fuerint.

Punctum Quartum.

Quo modo et apud quod tribunal probandum sit testamentum, quatenus attinet ad dispositionem rerum sive immobilium sive mobilium; et an exsecutor testamenti necessario constitui ex lege debeat.

355. Quod attinet ad statum immobilem, nullo modo necessarium est ut testamentum quo de eo disponitur eodem modo comprobetur atque quum ad res mobiles pertinet. Testamentum enim de statu immobili nulla probatione [*probate*] indiget, et ideo nullum vectigal occasione probationis obtinendæ solvendum est; neque ullus exsecutor aut administrator testamenti, quantum ad hujusmodi statum pertinet constituitur. Quatenus vero testamentum de bonis et catallis sive mobilibus sive immobilibus disponit, omnino necesse est ad titulum ex eo provenientem perficiendum ut legitime comprobetur [*that probate be granted*]. Itaque quum Caius statum immobilem ex testamento accipit, illico possidet hunc statum secundum ejus naturam, aut in possessione aut in residuo, &c., sine interventu exsecutoris aut

(a) Cf. Tract. de Just., nn. 354, 355, 356. "The devisee may, however, by an express act of dissent, waive the devise, unless he has entered on the land." Step., vol. 1, p. 620, n. h.

administratoris, aut etiam sine ingressu agrorum. Quatenus vero testamentum attinet ad bona et catalla sive mobilia sive immobilia, omnino necessarium est ut comprobetur, et ut exsecutor a testatore, aut ut administrator a tribunali constituatur, qui hoc ipso possessionem omnium bonorum defuncti accipit, ut hæc secundum voluntatem defuncti administret. Non possunt legatarii bona eis legata sibi exigere, nec validam pro eis apocham concedere, nisi testamentum modo exposito probetur. Hæc vera sunt etiamsi nulla controversia de validitate testamenti existit. Probatio vero testamenti quo de rebus mobilibus disponitur fit vel *in forma communi*, vel *in forma contentiosa*. Probatio in forma communi est ea quæ conceditur post acceptum iurandum solius exsecutoris aut administratoris sine ullo alio teste. Hæc probatio nunquam admittitur, quum controversia de validitate testamenti existit. Probatio in forma *contentiosa* ea est quæ fit *per testes*.

356. Olim probatio testamenti obtineri debuit apud tribunal ecclesiasticum, sed nuperrime ex 20 et 21 Vict. c. 77, hæc jurisdictio ad tribunal laicum translata est; quod tribunal testamentis examinandis et comprobandis [*Court of Probate*] appellatur. Hoc tribunal sub se habet plura tribunalia inferiora, quorum jurisdictio intra certos locorum fines coarctatur, quæ ideo [*District Courts*] appellantur. Tribunal cujus jurisdictio intra certos fines coarctatur non habet potestatem probationis testamenti concedendæ, nisi testator intra ejus fines jurisdictionis tempore mortis suæ sedem fixam habitationis habuerit, et nisi nulla controversia de validitate testamenti mota sit; atque probatio ideo fit in forma communi. Insuper probationem concedere nequit *administratori* sed tantummodo *exsecutori* testamenti. Quandocumque igitur lis de validitate aut totius testamenti, aut alicujus legati movetur, aut administrator testamenti constituendus est, ad tribunal supremum et non ad tribunalia inferiora recurrere necesse est. Tribunalia vero comitatus in Anglia jurisdictionem habent circa legata quæ quinquaginta libras non superant; et jurisconsultus qui sessionibus magistratuum tertio quoque mense habitis præsidet in Hibernia, circa legata quæ quadraginta libras non superant, etiam quum lites de iis intenduntur. Hæc vero tribunalia jurisdictionem non habent generalem, et ideo lites circa talia legata incidentes dirimere non possunt, nisi quum causa actionis exorta est intra fines locorum in quibus jurisdictionem habet tribunal apud quod actio intenditur. In aliis omnibus casibus quum lis movetur de probatione testamenti concedenda, aut de aliquo legato, aut de administratore bonorum defuncti constituendo, necesse est recurrere ad tribunal supremum quod testamentis

examinandis et comprobandis præest. Nulla actio in tribunalibus juris com. supremis intendi potest ad portionem residui bonorum defuncti exigendam, neque ad legatum obtinendum, nisi in casu quodam speciali, nempe quum testator, assentiente exsecutore testamenti, catallum quoddam determinatum legatario reliquerit.

357. Duo constituta sunt tribunalia suprema testamentis comprobandis, unum Londini, cujus jurisdictio totam Angliam complectitur, alterum Dublinii, sub cujus jurisdictionem tota Hibernia subijcitur. Si nulla sit circa testamentum controversia, probatio ab his tribunalibus conceditur in forma communi; mota vero controversia, probatio fit modo solenni per testes. Testamenti probati exemplar in membrana describitur, sigillo tribunalis (sive superioris sive inferioris) a quo probatio [*the probate*] concessa est munitur, et exsecutori simul cum testimonio probationis traditur. Ipsum vero testamentum archetypum [*the original will*] in loco ex mandato concilii interioris regis [*a place directed by an order in Council*] designato, sub potestate tribunalis testamentis comprobandis constituti (a), deponitur. Insuper testamentum etiam vivente testatore in loco constituto sub custodia tribunalis prædicti deponi potest, sed hoc nullo modo obstat ne testator testamentum mutet aut abroget modo infra exponendo. Post mortem testatoris potest quis, parva mercede soluta et rogatione facta ad eos qui præsumt in loco ubi depositum est, exemplar testamenti obtinere.

Quanquam tribunalia testamentis examinandis et comprobandis constituta jurisdictionem exclusivam de testamentis probandis, et de administratoribus constituendis habent, attamen actio exsecutoribus aut administratoribus in iis intendi nequit, ad exigenda debita, aut legata, aut justam portionem residui bonorum quæ debitis defuncti et legatis solutis supersunt; neque ad exigendam distributionem bonorum illius qui nullo testamento confecto mortuus est. Quod attinet ad debita defuncti, exsecutore aut administratore constituto, actio huic in tribunalibus juris com. a creditore intendi potest ad debitum exigendum; et in tribunalibus æquitatis ut bona defuncti administrentur et inter creditores, legatarios, et consanguineos distribuantur. Et quidem jus cogendi exsecutorem aut administratorem ad legata solvenda, aut ad bona defuncti inter ejus consanguineos distribuenda (exceptis legatis

(a) All these matters taken together, namely, the proof of the will, the copy thereof made on parchment under the seal of the Judge of the Court of Probate, or of the district Registrar, delivered to the executor with a certificate of its having been proved before him, are usually styled the *probate*, though that term is often applied to the official copy of the will alone. Cf. *Step.*, vol. 2, p. 206.

et distributionibus minoris pretii, quæ apud judicem comitatus in Anglia et apud jurisperitum qui præsidet sessionibus magistratum majoribus in Hibernia exigi possunt), ad tribunal Cancellariæ exclusive pertinet.

358. Hæc omnia attinent ad testamenta quatenus circa bona aut catalla sive mobilia sive immobilia versantur. Usque ad tempora recentissima, nulla probatio [*probate*] testamenti, quatenus attinebat ad statum immobilem, obtineri potuit. In hoc casu testamentum, controversia de eo mota, probari debebat apud aliquem judicem tribunalium supremorum et juratos, sicut facta aut alia instrumenta de quibus lites moveri solent. Et sic etiam adhuc controversiæ de testamentis per quæ de statibus immobilibus disponitur sæpe dirimuntur. Nunc autem præter hunc modum, alius per 20 et 21 Viet. c. 77, s. 62, conceditur, quo tales disceptationes dirimi possunt. Potest enim actio intendi in tribunali supremo quod testamentis comprobandis constitutum est, vel apud solum judicem, vel apud judicem rem simul cum juratis cognoscentem; et testamento probato modo solenni per testes, et probatione concessa, validitas tum ipsius instrumenti tum eorum quæ in eo continentur stabilietur, eodem modo atque si ad res mobiles attineret.

359. Exsecutor is est cui testator per suum testamentum aut per codicillos testamenti executionem committit. Ejus officium tantum attinet ad testamentum, quatenus hoc circa bona aut catalla sive mobilia sive immobilia versatur. Non solum ii omnes qui testamenti conficiendi sunt capaces, exsecutores constitui possunt, sed etiam mulieres matrimonio junctæ, nisi eorum mariti hoc vetent, et minores, et etiam infantes in ventre matris. Sed quamquam minor potest esse exsecutor, probationem tamen testamenti obtinere non potest donec annum 21^{um} compleverit. Si ergo minor sit solus exsecutor testamenti, necessarium erit recurrere ad tribunal testamentis comprobandis constitutum, a quo potestas bona defuncti administrandi *cum testamento annexo, et durante minore ætate*, aut minoris curatori aut alteri qui idoneus videbitur concedetur. Si vero alius sit præter minorem exsecutor qui an. 21^{um} compleverit, is probationem obtinere et testamentum exsequi poterit. Similiter quum plures sunt exsecutores idonei, quivis ex iis sine ullo respectu ad ceteros probationem obtinere et testamentum exsequi poterit; ceteris vero, nisi officium rite renuntiaverint, postea probationem obtinere licebit; quo facto, rationem tum præteritæ tum futuræ administrationis bonorum ab alio exsecutore exigere poterunt. Itaque quum unus ex pluribus exsecutoribus per se suscipit onus administrandi, debet omnino exigere ut ceteri exsecutores scrip-

tis signo publico rite impressis officium renuntient, quo facto non amplius eis permittetur probationem postulare. Pretium pro plaga signata qua quis officium exsecutoris renuntiat haud magnum exigitur; atque etiam pro probatione testamenti quatenus ad statum mobilem attinet. Hoc vectigal computatur habita ratione bonorum et catallorum quæ per testamentum legantur. Exsecutor hoc pretium computare, et jurejurando confirmare tenetur. Ideo hoc vectigal *ad valorem* appellatur (a). Aliud vectigal propter legata et successiones [*legacy and succession duty*] solvitur. Nullum tamen vectigal exigitur propter legata quæ marito aut uxori defuncti solvenda sunt, neque pro ullo alio quando summa ad viginti libras non attingit. Quando legatum aut aliquod residuum patri, matri, aut liberis aliisve posteris in linea recta solvendum est, una libra pro singulis centenis exigitur. Quando solvendum est fratribus aut sororibus defuncti eorumve posteris, tres libræ pro singulis centenis; quando solvendum est patruo aut avunculo eorumve posteris, quinque pro singulis centenis; et sex si solvendum est fratribus aut sororibus avi aut aviæ eorumve posteris; et si solvendum est cuilibet alteri, sive is est consanguineus in gradu remotiore, sive non est, decem pro singulis centenis. Vectigal nunc quoque exigitur occasione successionis cujusvis ad aliquod commodum pretio æstimabile, ex statu sive mobili sive immobili, quod varium est secundum gradum consanguinitatis inter antecessorem et successorem, et eodem omnino modo computatur ac vectigal quod occasione legati solvitur (b).

360. Unus aut plures constituti possunt exsecutores sive per ipsum testamentum sive per codicillos, et quamquam necesse non est exsecutores constituere ut testamentum ratum et validum sit, attamen omnino expedit ut aliquis ad hoc munus obeundum constituatur. Exsecutore enim constituto probatio testamenti ei concedetur sine ulla cautione de debita administratione bonorum defuncti; sed potestas administrandi bona defuncti nulli alteri concedetur, nisi chirographo ab ipso administratore bonorum dato, et non raro etiam cautione de debita administratione

(a) Ad valorem stamp duties to be paid in lieu of fees, are fixed by the Court of Probate, and District Registries pursuant to 20 & 21 Vict. c. 79, and 23 & 24 Vict. c. 111. Testaments, testamentary instruments, and dispositions mortis causa are free from all stamp duty in Scotland. Cf. 33 et 34 Vict. c. 97 (Stamp Act, 1870) in fine.

(b) This duty is precisely of the same amount, and varies according to the same scale as legacy duty. The same property is never charged with both duties. When this duty becomes payable, notice must be given to the Commissioners of Inland Revenue, under a heavy penalty, and a like penalty will be payable every month whilst the neglect continues.

interposita, ut infra exponetur. Hoc sæpe difficile et non raro etiam impossibile est eis quibus administratio bonorum defuncti secundum regulas infra exponendas primo loco concedi debet; unde disceptationes et lites de constituendo administratore non raro exoriuntur, et magna damna aliaque mala eveniunt. Discrimen inter exsecutorem et administratorem ex hoc capite est, quod testator designando exsecutorem ostendit se velle administrationem bonorum suorum illius hominis fidei et prudentiæ committere; at nihil hujusmodi dici aut præsumi potest de administratore, quum eum ipse testator nullo modo constituerit. Itaque non tantum debet testator exsecutorem aut exsecutores constituere, sed etiam curare quantum potest ut ii officium non abjiciant; aut si plures constituentur, ut saltem unus ex eis officio fungi velit. Præterea quantum fieri potest debet exsecutores ex propria sua familia deligere. Si ergo uxorem et liberos habeat, debet uxorem aut solam, si sit provectionis ætatis, aut simul cum filio suo primogenito testamenti exsecutorem, aliorumque liberorum curatorem constituere. Si vero testator exsecutorem ex propria familia deligere nequit, debet consulere eos quos exsecutores constituere vult, eorumque consensum ad hoc munus obeundum obtinere. Insuper nisi res angustæ hoc vetent, debet mercedem exsecutoribus legare, ea conditione ut hoc munus obeant. Si vero quis promiserit se officium exsecutoris suscepturum, et testatore mortuo, hoc sine causa sufficienti facere recuset, peccati reus erit; et si damna inde sequantur, puta quia alius idoneus exsecutor constitutus non est, quod ille se officium suscepturum promisit, etiam ad restitutionem tenebitur. Si velit testator quasdam res in modum fideicommissi ordinare, potest exsecutorem etiam fiduciarium constituere.

361. Sicut nemo ex jure municip. tenetur testamentum conficere, nec exsecutorem constituere, nec officium exsecutoris suscipere, ita neque ii ad quos bona defuncti perveniunt, sive ex testamento, sive ex legibus, si intestatus mortuus est, administrationem bonorum defuncti obtinere tenentur, si de eorum distributione inter se conveniunt. Si vero administrationem non obtineant, lege exigere nequeunt ea quæ defuncto debita sunt, et omnia ejus debita solvere tenentur; si enim hoc facere recusent, rogatione facta apud tribunal Cancellariæ ab eo qui aliquid ex bonis defuncti tamquam sibi debitum postulat, administratio bonorum defuncti decernetur. Sed quoniam unusquisque qui dicit se jus habere postulandi aliquid ex bonis defuncti eorum administrationem exigere potest quovis tempore, etiam post plures annos, etsi quandoque fieri potest ut commodius sit administrationem differre, attamen si defunctus testamentum

reliquerit; aut si bona distribuenda magni sint pretii, omnino expedit ut administratio quamprimum fieri potest obtineatur. Donec enim hoc fit neque creditores defuncti neque legatarii, neque ii quibus bona ejus devenient si intestatus decesserit, ea quæ ipsi sunt debita exigere possunt. Neque etiam legatarii, &c., apocham ex lege omnino ratam pro legatis acceptis concedere, donec testamentum probatum est. Deinde pecunia fisco debita tum pro probatione, tum ex legatis in singulos annos augetur. Quicquid enim lucrifactum est ex bonis defuncti, his solutionibus subjiçitur, et si nihil lucrifiat, quatuor libras in singulos annos pro singulis centenis lucrifactas esse censebitur, et ratione horum incrementorum pecunia debita tum pro probatione tum pro legatis augetur (*a*). Si vero is cujus bona distribuenda sunt nullum reliquerit testamentum, et bona ejus parvi sunt pretii, neque ulla controversia de eis movetur; inutile est impensas administrationis facere; itaque sæpe ea prætermittitur in bonis defunctorum, qui divites non sint tempore mortis, neque negotia magna gesserint, neque res postulandas alicujus pretii habuerint, quæ nisi actione recuperari non possint. Si testator habeat statum tum mobilem tum immobilem, debet declarare ex quibus rebus velit debita solvi; aliter enim hæc plerumque ex bonis ejus mobilibus solventur, et ii quibus legata ex his bonis requiuerit parum aut nihil accipient. Non debet testator nimio pretio statum suum æstimare; si enim Petrus dividat agros suos inter filios, jubeatque debita et dotes filiarum, aliaque legata ex bonis suis mobilibus solvi, filii agros sine ullo onere accipient, et si debitis solutis parum reliquum sit, dotes filiarum et legata pro rata minuentur, et ita fiet ut vix quidquam inter hos omnes distribuendum restet. Debet igitur declarare se velle ut si bona

(*a*) In a certain case a nobleman bequeathed his whole personalty £10,000, to a distant relative, who was married and had a large family, and he made this relative his executor. The executor asked the nobleman who succeeded to the estates to keep the money, paying six per cent. for it. This he agreed to do, and paid the interest for many years. To save expense no probate of the will was taken out. At length it became necessary to take up £2000 of the money, but the nobleman's lawyers advised him not to pay the money until probate of the will had been taken out. On inquiry it was found that the sum on which probate duty and legacy duty must be paid had increased at the rate of £600 per an. On this account probate was not taken out for some years longer, until finally the sum had become so large as almost to swallow up the entire bequest, and the family of the legatee, which was mainly dependent on this sum, was ruined. Of course had the money been lent at $2\frac{1}{2}$ or 3 per cent. the principal would only have been computed to have increased by £250 or £300 per an. But if it did not appear that any interest had been received for the money, it would have been computed at 4 per cent. per an., that is, at £400 per an., as stated in the text,

mobilia debitis solutis ad dotes legataque integra præstanda non sufficiant, quantum ad hæc suppeditanda necessarium fuerit, tantum a filiis ex agris pro rata solvendum esse. Si autem debitis, dotibus, et legatis solutis aliquid superfuerit ex ejus bonis et catallis, hoc, modo infra exponendo, inter filios et filias æqualiter distribuetur. Si ergo velit ut filii nullam residui partem accipiant, debet declarare, si quid superfuerit id inter suas filias et legatarios, exceptis filiis, æqualiter distribuendum esse; aut æqualiter inter filias distribuendum; aut se velle ut alicui ex iis aut cuilibet alteri, v. g. ipsi exsecutori totum residuum detur, qui tunc legatarius residuarius dicetur.

Potest testator quum per testamentum disponit de rebus quas ex diversis juribus possidet etiam diversos constituere exsecutores, quorum aliquibus administratio bonorum v. g. ipsius exsecutoris, aliis administratio bonorum quorum ipse testator tantum exsecutor est, &c., committenda erit.

Punctum Quintum.

De modis quibus testamentum irritum ex defectu solennitatum ratum effici potest; et quibus testamentum ratum rescindi, et post rescissionem iterum confirmari potest.

362. Testamentum irritum ex defectu solennitatum ratum efficitur 1°. si testator nomen suum subscribat, aut jam subscriptum agnoscat coram duobus testibus, qui etiam nomina sua modo supra exposito subscribant; et 2°. per codicillos aut aliud instrumentum scriptum, eisdem solennitatibus observatis quæ ad ipsum testamentum ratum efficiendum requiruntur. Petrus scripsit testamentum et postea in eadem plagula addidit codicillos, quibus nomen suum sine ullis testibus subscripsit. Postea instrumentum a se et a testibus rite subscriptum confecit, quod sic inscriptum est: hi sunt codicilli ad meum ultimum testamentum additi; et quum probatum esset testatorem nullum aliud testamentum confecisse præter id cui codicilli priores annexi erant, et nihil in secundis codicillis inventum esse ex quo inferri posset testatorem voluisse priores revocare, declaratum est tum testamentum tum priores codicillos per posteriores ratos factos esse. Paulus diversis temporibus tria confecit testamenta quibus ne nomen quidem testatoris subnotatum est, quæ in diversis plagulis scripta sunt; postea vero codicillos in diversa plagula scripsit quod adhibitis solennitatibus necessariis perfecit. In his codicillis dixit se testamentum suum ultimum [*his last will*] confirmare velle. Mortuo Paulo hæc quatuor scripta in eodem scrinio separata inventa sunt. Nihil erat in secundo testamento

ex quo inferri posset testatorem voluisse primum, neque in tertio ex quo inferri posset se voluisse aut primum aut secundum, neque in codicillis ex quibus inferri posset se voluisse unum potius quam aliud confirmare; quibus probatis declaratum est tria instrumenta per codicillos rata facta esse, atque testamentum ex his simul cum codicillis compositum esse. Sed in alio casu Caius quatuor testamenta fecerat ex quibus primum et tertium tantum debitis solennitatibus perfecta sunt; et senos codicillos, ex quibus primi, tertii, et sexti, nominibus testatoris et testium subscriptis rati facti sunt. In sextis codicillis dixerat se voluisse omnia sua testamenta et codicillos confirmare; attamen declaratum est hoc instrumento confirmata esse ea tantum testamenta et codicillos quæ secundum præscripta juris perfecta sunt; quia stricte loquendo hæc sola testamenta et codicilli appellari possunt. Rationem hujusmodi interpretationis supra exposuimus (a). Quum res ita se habet ut si verba testatoris stricte accipereñtur, nihil omnino efficerent, liberior quædam interpretatio amplectenda est, ut in casu supra adducto, ubi plura scripta nominibus testamentorum et codicillorum rata et valida facta sunt, quanquam stricte accepta his nominibus designari non potuerunt. Quum vero testator plura testamenta et codicillos reliquerit, ex quibus quædam debitis solennitatibus adhibitis perfecerit, alia vero non ita perfecerit, et postea omnia sua testamenta et codicillos confirmaverit, verba testamentorum et codicillorum stricte accipientur, quia hoc modo rigide impleri possunt verba testatoris. Si vero testator in ultimis codicillis dixerit se velle omnia sua scripta testamentaria et codicillos confirmare, sive debitis solennitatibus munita sint,

(a) Cf. supra n. 348. Causa celeberrima de interpretatione testamentorum et codicillorum nuper apud tribunalia in Hibernia defensa est. Testamentum scripserat Marcio de Hertford cui postea codicillos addidit quibus agros magni pretii legavit. Post mortem Marchionis quæstio orta est inter duos viros clarissimos Hamiltonum Seymour Baronettum et Ricardum Wallace Baronettum utrius essent hi agri, habita ratione tum testamenti quo legati erant D. Seymour, et codicillorum quibus contendebat D. Wallace, agros Domino Seymour legatos revocatos esse, eosque simul cum bonis et catallis defuncti sibi legatos esse vi codicillorum. Cum res jam ter in judicium adducta esset, iudicesque in diversas abissent sententias, denique appellatio ad senatum superiorem facienda erat. Sed sententia senatus non expectata, controversiam hac lege composuerunt; ut D. Wallace qui agros petebat soluta pecunia quanta redditum agrorum per septennium perceptum fere exæquaret (quæ summa erat ad quatuor centena millia librarum) eos obtineret. Ut melius intelligatur controversia eam sermone Anglico exponemus: By his will Lord Hertford — the testator — left all his *real* estates in Ireland to Sir H. Seymour, whom he also made the residuary legatee of his personal property. He afterwards added a codicil, after reciting that by his will he had made Sir H. Seymour his residuary legatee and *devisee* of all his real and personal property, he thereby revoked that portion of his will and *left all the residue of his real*

sive non; aut si omnia testamenta et codicillos nominatim confirmaverit, aut alio modo satis clare manifestaverit se velle hæc omnia scripta confirmare, rata et valida fient.

Ex his patet debere testatorem singula sua scripta testamentaria separata debitis solennitatibus observatis perficere, et si velit plura hujusmodi scripta codicillis confirmare, hæc omnia recensere. Hoc facile effici potest, si dies in singulis scriptis notetur; et sic etiam evitabitur periculum disceptationum et litium, quod die non notato existeret, quoniam neque testamentum neque codicilli per ullum scriptum antecedens confirmari possunt.

363. Testamentum (et idem dicendum est de codicillis), quod debitis solennitatibus adhibitis perfectum est, quatuor tantum modis rescindi potest. Rescindi potest 1°. comburendo aut destruendo instrumentum; 2°. per matrimonium; 3°. per testamentum subsequens, aut codicillos, aut aliud scriptum, a testatore et duobus testibus modo supra exposito subscriptum; 4°. Per aliam dispositionem rerum quæ testamento legatae sunt, a testatore ante mortem suam factam.

1°. Rescindi potest testamentum comburendo aut alio modo destruendo illud, dummodo hoc fiat aut *ab ipso testatore*, *aut ab alio*, *testatore præsente et ex animo testamentum revocandi*. Debet itaque instrumentum destrui, neque nunc valet modus antiquus revocationis, nempe aut ipsum instrumentum aut nomen testatoris aut nomina testium *cancellando*. Neque etiamsi testator testamentum in ignem projecerit ex animo id revocandi, irri-

and personal estate to Sir R. Wallace. There was no dispute as to the revocation of the personal estate, which was very large. The codicil clearly revoked that bequest in favour of Sir R. Wallace. But as the Irish estates were expressly bequeathed to Sir H. Seymour in the will, and were not mentioned specially in the codicil, although there could scarcely be any doubt as to the real intention of the testator, yet it was denied that the wording of the codicil was sufficiently explicit to revoke the bequest of the Irish estates. On the other hand, it was contended that as the codicil revoked the bequest made to Sir H. Seymour as the residuary legatee *and devisee* of the testator, as to his real and personal property, and as after doing this he left all the residue of his *real* and personal estate to Sir R. Wallace, and he had no *real* estate, except the Irish estate, of which he could dispose by will, the testator must be plainly understood to have given the Irish estates to Sir R. Wallace. The Irish Court of Common Pleas unanimously decided in favour of Sir H. Seymour; but the Exchequer Chamber, which in this case consisted of the Judges of the Queen's Bench and Exchequer (except Mr. Justice Barry, who had been Sir R. Wallace's counsel), by a majority of one reversed the decision of the Common Pleas and decided in favour of Sir R. Wallace. Sir H. Seymour afterwards consented to give the estates to Sir H. Wallace, on condition of being paid only seven years' purchase of said estates.

tum reddetur, si quis id arripuerit antequam aliqua saltem ex parte flammis consumptum est. Si autem instrumentum ex parte combustum aut laceratum est a testatore ex animo id revocandi, totum irritum efficitur. Attamen si testator mutata voluntate id ex flammis arripuerit, aut dilacerare desierit, postquam ex parte deperditum fuerit, irritum non efficietur, dummodo nomen testatoris deletum ne fuerit. Sed quoniam validitas testamenti in hoc casu ex animo testatoris penderet, et eo mortuo multæ disceptationes de hac re exoriri possent, manifestum est testatorem declarare debere per codicillos se velle ut testamentum ratum et validum habeatur. Si instrumentum scriptum est graphide [*with a lead pencil*], testator id rescindere potest literas gummi elastica [*india rubber*] delendo. Insuper si testator eam tantum partem in qua nomen suum scriptum est comburat, excindat, aut debeat, ita ut amplius legi non possit, ex animo testamentum revocandi, totum instrumentum irritum efficitur. Si quis vero vult testamentum suum rescindere, tutius est ut instrumentum omnino deleatur; et si plura fecerit exemplaria debitis solennitatibus munita, ut hæc omnia destruantur; quamquam uno deleta a testatore, hoc sufficere potest in quibusdam circumstantiis ad omnia irrita reddenda. Requiritur itaque 1^o. ut instrumentum aliquo ex his modis deleatur. Requiritur 2^o. ut hoc fiat aut ab ipso testatore aut ab alio eo presente et iubente. Si ergo deleatur instrumentum absente testatore, aut eo non mandante, nullo modo irritum efficitur testamentum, et tribunal quod testamentis examinandis et probandis præest, mortuo testatore, hoc testamento non revocato, exemplar haud perfectum [*the rough draft*], ad quod testator jusserit testamentum confici, aut etiam testimonium viva voce prolatum accipiet, ad ea probanda quæ in testamento deleta contenta erant; et si testimonium ei fide dignum videbitur, probationem hujus testamenti concedet ejusque executionem mandabit. Requiritur 3^o. ut instrumentum deleatur ex animo testamentum revocandi. Itaque si casu aliquo et præter intentionem, aut dum non compos mentis est, ab ipso etiam testatore testamentum destruat, nullo modo irritum efficitur; et ea quæ in eo contenta sunt, probari possunt aut per exemplar haud perfectum si hoc inveniatur, aut etiam per testimonium viva voce prolatum, et probatio instrumenti obtinebitur (a).

(a) "A man's will, duly executed, was found at his death with the signature of his name erased, but with another like signature just below where the original signature stood, and no explanation could be furnished, but the will was supported, as it was considered that the erasure was not made by the testator with an intention to revoke his will." Handy Book, p. 249.

2°. Ex lege quæ nunc viget testamentum ante nuptias scriptum tum mariti tum uxoris (uno casu excepto) per ipsum matrimonium semper irritum efficitur. Quatenus uxori testamentum condere ex legibus liceat, jam exposuimus. Si ergo habeat bona de quibus post matrimonium initum testamento disponere potest, debet aut novum testamentum condere aut testamentum jam confectum confirmare, eo modo quo testamentum mariti ante matrimonium confectum ratum effici potest. Usque ad legem recentissime latam (7 Guliel. IV. et 1 Vict.) testamentum viri per matrimonium non fiebat irritum, nisi etiam ex eo proles ei nata esset; nunc autem per solum matrimonium efficitur irritum, et ideo si vult ut testamentum jam factum ratum sit, debet illud aut codicillis confirmare, aut iterum exsequi nomen suum coram duobus testibus subscribendo, qui etiam nomina sua subscribere tenentur. Manifestum est maritum aut uxorem quum codicillis confirmet testamentum quod ante matrimonium initum confectum sit, in eis declarare debere se velle ut testamentum suum ante matrimonium confectum ratum et validum habeatur, et hos codicillos modo solenni exsequi. Quum vero testamentum confirmat testator id simpliciter de novo exsequendo, dies accurate notari debet; sed tutius est declarare se velle ratum habere testamentum quod ante matrimonium confecerit, et insuper, nisi aliter uxori satis provisum est, debet portionem sufficientem bonorum suorum ei legare. Quando testamentum aut delendo aut matrimonio incundo revocatur, omnino irritum et nullum redditur. Una tantum datur exceptio in casu matrimonii, nempe quum testator aut testatrix de statu non proprio sed alieno vi potestatis ipsi in hunc finem concessæ [*by power of appointment*], testamento ante matrimonium initum confecto disposuit. In hoc casu testamentum *quatenus ad hunc statum attinet*, per matrimonium subsequens non revocatur, si status, deficiente testamento, ad eos qui vicem testatoris aut testatricis gerunt [*his or her representatives*] non descenderet.

364. 3°. Rescindi potest testamentum per aliud subsequens testamentum, aut per codicillos, aut per aliud scriptum adhibitis eisdem solennitatibus quæ ad testamentum ratum et validum efficiendum requiruntur. Testamenta priora per testamentum posterius rescindi possunt aut expresse, aut tacite et implicite, et aut omnino aut tantum ex parte. Rescinduntur expresse, quando in testamento posteriore declarat testator se omnia testamenta et codicillos usque ad hoc tempus a se confectos rescindere et revocare; aut se certas horum instrumentorum dispositiones rescindere. Rescinduntur implicite et tacite, quando dispositiones posterioris testamenti cum iis quæ per priora scripta testamentaria

ordinata sunt conciliari nequeunt. Si vero testamentum posterius priori nonnisi aliqua ex parte repugnat, puta quia testator in posteriore non de omnibus suis bonis sed de aliqua tantum parte disponit, et aliunde non apparet testatorem voluisse per posterius testamentum prius omnino abrogare, ratum permanebit quoad attinet ad eam partem quæ a recentiore abrogata non est. Si vero testator velit priora testamenta omnino rescindere, debet ea omnia destruere, aut in posteriore declarare hoc solum suum ultimum esse testamentum, seque omnia priora testamenta et codicillos rescindere et abrogare. Si vero velit ut priora testamenta in aliquibus rebus valeant, debet hoc in posteriore declarare, aut quod melius est, omnibus prioribus deletis, omnia sua bona per posterius ordinare.

Potest testator etiam totum suum testamentum per codicillos rescindere, diversamque omnino bonorum suorum ordinationem facere. Sed hoc verius diceretur novum testamentum, quoniam ut supra diximus codicilli sunt instrumentum confectum post scriptum testamentum quo hujus dispositiones exponuntur aut mutantur. Mutationes fieri possunt per codicillos aut expresse, si in eis dicitur tales testamenti dispositiones mutari, aut tacite et implicite, ut si dispositiones in codicillis contentæ cum dispositionibus testamenti conciliari nequeant; quoniam enim codicilli post testamentum conficiuntur ad illud exponendum aut mutandum, utique testamentum salvis iis quæ in codicillis ordinantur exponendum est. Sed debet testator expresse declarare ea quæ per codicillos vult mutare; aliter enim lites et contentiones vix evitari possunt, ut ex casu supra exposito de statu de Hertford dicto liquet. Rescindere etiam potest testator suum testamentum aut omnino aut ex parte per aliquod aliud scriptum a se confectum eisdem solennitatibus adhibitis quæ ad testamentum perficiendum requiruntur, dummodo constet hanc fuisse ejus mentem. 4^o. Denique irritum effici potest testamentum, si testator post id confectum dum vivit de rebus suis disponit. Hoc modo testamentum irritum reddi potest aut ex parte, ut si testator tantum de parte bonorum quæ legantur, aut omnino, si de omnibus his bonis dum vivit disponit.

365. Si testamentum quod ab initio ratum et validum erat, sed postea rescissum, adhuc existit, iterum confirmari potest, ut jam diximus, aut per novam instrumenti executionem, id est si nomina testatoris et testium modo exposito de novo subscribantur, aut per codicillos ex animo testamentum redintegrandi a testatore confectos. Debet testator, præsertim quum testamentum antea abrogatum per codicillos redintegrat, expresse declarare se velle ut suum testamentum reviviscat, atque ut ratum et validum habeat.

tur. Caius testamentum confecit et postea matrimonium contraxit. Nesciebat testamentum per matrimonium rescissum esse, et post matrimonium codicillos debitis solennitatibus munitos confecit, quibus quædam bona Berthæ uxori suæ legavit. Codicilli quidem rati et firmi erant, sed declaratum est testamentum per id minime restitutum esse, quia Caius per codicillos testamentum redintegrare non voluisset. Itaque hoc intercedit discrimen inter codicillos quibus confirmatur testamentum non rescissum, et testamentum rescissum, quod in priore casu codicilli, qui ad testamentum attinent ejusque pars effici censentur, ei vim tribuent nisi ostendatur hanc non fuisse mentem testatoris; at in posteriore casu necesse est ostendere testatorem voluisse per codicillos *testamentum irritum restituere idque ratum et validum de novo reddere*. Hinc quum Caius 1^o. rescindit aliquam partem sui testamenti aut codicillorum, et postea totum testamentum aut integros codicillos abrogat, actus aut instrumentum quo postea restituit ratumque facit testamentum aut codicillos, non pertinebit ad eam partem quæ prior abrogata est, nisi appareat aut explicite aut tacite et implicite hanc fuisse intentionem testatoris. Sic Caius confecit testamentum, et postea primum, per codicillos, aliquod legatum, deinde per alios totum test. abrogavit. Postea per alios codicillos declaravit se velle testamentum restituere et ut ratum et firmum esset. Testamentum quidem stabilitum est, sed legatum primo revocatum irritum mansit. Et idem dicendum est de codicillis, qui plures dispositiones continent; una enim prius abrogata, et postea codicillis omnino irritis factis, codicillis iterum confirmatis, non stabilitur dispositio quæ prius rescissa est, nisi constet talem fuisse animum testatoris. Si ergo velit testator partes prius revocatas stabilire, debet hoc expresse declarare.

Punctum Sextum.

Quis constitui possit administrator bonorum illius qui aut nullum aut inhabilem exsecutorem constituit; aut qui intestatus mortuus est; et quo modo bona illius qui intestatus mortuus est distribuenda sint?

366. Administrator est is qui a tribunali, quod testamentis examinandis et probandis constitutum est, ad bona defuncti administranda instituitur, quando nullus existit testamenti exsecutor qui hoc munus obire velit et possit. Itaque administrator nunquam instituitur nisi ex defectu exsecutoris. Defectus exsecutoris oriri potest vel quia Petrus cujus bona administranda sunt intestatus mortuus est, vel quia in suo testamento aut nullum aut

inhabilem designavit exsecutorem, vel quia exsecutor munus commissum accipere recusavit, aut jus administrandi amisit, aut intestatus mortuus est. Unde ut administrationis, ita et administratorum plura sunt genera. Dividitur administratio in *generalem* et *specialem*. Administratio generalis ea est quæ conceditur Paulo ad bona Petri administranda qui intestatus mortuus est. Administratio specialis ea est quæ conceditur Caio ad administranda bona Julii qui testamentum ratum et validum confecit, quum nullus inveniatur qui munus exsecutoris obire velit et possit. Hoc evenit 1°. quando Julius nullum constituit exsecutorem, aut exsecutor munus abjicit [*renounces*] modo supra exposito, aut moritur probatione testamenti non obtenta, aut quum in jus citatus ad probationem accipiendam apud tribunal se non sistit; in quibus casibus jus exsecutoris ad administrationem obtinendum omnino aufertur, et alicui alteri conceditur administratio non simpliciter, sed cum testamento annexo, ut aiunt. 2°. Quando unus tantum est exsecutor qui est minor, in quo casu conceditur administratio alteri *cum testamento annexo, et durante minore ætate*; 3°. quando exsecutor extra regnum moratur, et tunc conceditur administratio *durante absentia*; 4°. quando lis movetur de validitate testamenti; quia nisi testamentum sit validum, exsecutor per id rite et juste constitui nequit; in hoc casu conceditur administratio *pendente lite*; et 5°. quando exsecutor post probationem obtentam mortuus est intestatus antequam bona testatoris plenè administravit; et tunc conceditur administratio *de bonis non* (administratis). Non tantum administratio *de bonis non*, sed et omnis alia restringi potest ad quædam bona, dum administratio aliorum bonorum alii vel aliis conceditur. Quicumque accipit bonorum cujusvis administrationem, tenetur ex 20 et 21 Viet. c. 77, ss. 81, 83, chirographum [*a bond*] tradere judici tribunalis quod testamentis probandis præest, simul datis duobus vel pluribus sponsoribus, si iudex hos exigat, de debita executione et distributione bonorum. Et si munus suum rite non perfecerit, chirographum et cautiones a sponsoribus interpositæ, si quæ sunt, tradendæ sunt a iudice alicui, qui, ut fiduciarius eorum inter quos bona defuncti distribui debebunt, actionem proprio suo nomine intendere poterit ad totam pecuniam ex his instrumentis debitam exigendam. Jam diximus iudicem nunc fere semper exigere sponsores ad solvendum idoneos, præsertim si ipse administrator bona sufficientia non habeat, ita ut ex ejus solius chirographo administrationi non satis caveatur. Et quoniam in hoc casu sæpe impossibile est sponsores comparare, præsertim si bona administranda magni pretii sunt, ideo non raro cum magnis incommodis et impensis et damnis, necessarium erit administra-

tionem tribunali Cancellariæ demandare. Hæc omnia incommoda evitantur quum bona per executorem administrantur.

367. In constituendo administratore tribunal certas regulas observare tenetur. Hæ regulæ præcipue respiciunt delectionem administratoris quum is cujus bona administranda sunt intestatus mortuus est. Quum enim administratio concedenda est cum testamento annexo, si legatarius residuarius per testamentum constitutus est, is jus ad administrationem primo loco habet, etiam ante eos qui proxime cum defuncto consanguinitate conjuncti sunt. Deinde quum administrator durante minore ætate executoris constituitur, potest tribunal ejus curatorem aut alium idoneum ad hoc officium obeundum deligere. Et etiam aliquem idoneum ad hoc officium constituere potest tribunal *durante absentia* aut *pendente lite*.

Quum vero testator nullum reliquerit testamentum, judex quamquam in hac re multum ipsius arbitrio permittitur, attamen sequentem ordinem, nisi ab eo ob rationabilem causam decedat, in deligendo administratore observare tenetur. 1°. Administratio bonorum uxoris concedenda est marito aut iis qui ejus vice funguntur; et administratio bonorum mariti concedenda est aut viduæ aut iis qui proxime cum defuncto consanguinitate conjuncti sunt, aut et his consanguineis et uxori simul ad arbitrium tribunalis. 2°. Quum administrator ex consanguineis eligendus est, ii qui sunt in gradu proximiori præferendi sunt iis qui in remotiore cum defuncto conjuncti sunt; sed quum plures in eodem sunt gradu, ad tribunal pertinet quemvis ex eis eligere. Ratio computandi gradus in linea recta eadem est atque in Jure Canonico; unde pater et liberi defuncti sunt in primo gradu, secundum hanc regulam: in linea recta tot sunt gradus in linea descendente aut ascendente quot sunt personæ una dempta, aut in præsentī casu, dempto defuncto. Filius defuncti est in primo gradu lineæ descendētis, pater ejus in primo gradu lineæ ascendētis. In linea vero collateralī ad modum jurisperitorum gradus computantur ascendendo ab uno consanguineo ad stipitem, et deinde ad alterum consanguineum descendendo: unde duo fratres sunt in secundo gradu; frater et fratris filius in tertio, consobrini in quarto, &c. Attamen quamvis parentes æque ac liberi sunt in primo gradu, liberi defuncti jure administrationem obtinendi ante parentes ejus potiuntur, et post liberos ejus pater et mater. Ex dictis fratres et sorores et avi et avix sunt in eodem gradu sed in linea diversa, et quanquam avi et avix sunt in linea recta, fratres et sorores iis præponuntur, etsi cum defuncto in linea tantum transversa junguntur. Post avos et avias proximi accedunt avunculi et amitæ et filii et filix

fratrum et sororum. Post hos omnes accedunt consobrini, et post eos sobrini in gradibus remotioribus. Nullum discrimen in materia de qua agimus existit inter eos qui eundem omnino sanguinem, aut tantum dimidiam partem ejusdem sanguinis cum defuncto habent; et ideo tribunal concedere potest administrationem sorori qui dimidiam partem ejusdem sanguinis cum defuncto habet, excluso fratre ejusdem omnino sanguinis. Neque linea paterna lineæ maternæ præfertur, et ideo tribunal ad arbitrium suum administrationem cuilibet ex eis qui sunt in eodem gradu in alterutra linea concedere potest. Si omnes consanguinei defuncti administrationem recusent, ex consuetudine concedi potest alicui ex creditoribus; et his quoque deficientibus tribunal eam alicui homini prudenti concedere potest, aut ei dare literas *ad colligenda bona defuncti*, quibus non constituitur administrator bonorum defuncti, sed tantum eorum custos, cum potestate quosdam actus perficiendi in gratiam eorum quibus bona distribuenda sunt. Quum filius non legitimus moritur neque uxore neque posteris legitimis relictis, aut quis alius nullum relinquens consanguineum legitimum, mos nunc est ut literæ patentes, aut alia auctoritas a Rege obtineatur ad ea disponenda, qua concessa tribunal administrationem concedet ei qui hanc potestatem a Rege acceperit, a quo bona distribuuntur inter consanguineos non legitimos aut alios quibus titulo etiam honestatis moralis et caritatis deberi censentur.

368. Hoc magnum intercedit discrimen inter exsecutorem et administratorem, quod titulus exsecutoris non destruitur per mortem ejus, sed per seriem indefinitam exsecutorum perdurare potest. Sic Petrus constituit Paulum sui testamenti exsecutorem. Paulus postea constituit Caium sui testamenti exsecutorem, qui hoc ipso exsecutor etiam testamenti Petri efficitur. Potest quidem Paulus diversos constituere exsecutores proprii sui testamenti et testamenti Petri, et hoc non raro expedit. Sed si hoc non facit, sed simpliciter constituit Caium suum exsecutorem, hoc ipso Caius exsecutor testamenti Petri quoque constituitur. Similiter si Caius constituit Julium sui testamenti exsecutorem, is exsecutor efficitur tum Caii, tum Pauli, tum Petri, nisi tamen nulla pars eorum bonorum administranda manet.

Paulus vero administrator Petri nullum habet qui ipsi in hoc munere succedat. Eo enim mortuo, dominium (a), et jus bona defuncti administrandi ad tribunal revertuntur, ibique manent

(a) "By 21 & 22 Vict. c. 95, s. 19, the personal property of an intestate vests upon his death, and until letters of administration are granted, in the Judge of the Court of Probate for the time being." Step., vol. 2, p. 208, n.

donec novus administrator ab hoc constituetur. Itaque si Paulus exsecutor Petri intestatus mortuus est, aut si nullum constituit exsecutorem, ejus administrator Caius nullum omnino jus circa bona Petri habet, sed aliquis ad ea administranda a tribunali eligendus et constituendus est.

369. Sed in hoc conveniunt exsecutores et administratores quod vicem defuncti gerunt in omnibus rebus quæ ad statum ejus mobilem pertinent, sicut heres vicem gerit antecessoris circa statum immobilem, in ejus jura succedunt ejusque obligationes suscipiunt; ita ut heres et exsecutores vel administratores defuncti vicem ejus gerere circa res immobiles et mobiles [*his real and personal representatives*] dicantur. Exsecutores et administratores idem jus habent circa res defuncti quod ipse habuit, et probatione testamenti aut administratione obtenta, possessionem bonorum quæ ipse defunctus possidebat accipiunt, in ejus jura intendendi actiones circa bona mobilia succedunt, ejusque obligationes suscipiunt quatenus bona quæ ad eorum manus deveniunt [*assets*] (a) sufficiunt. In hoc discrepant officia exsecutoris et administratoris, quod prior plures actus circa bona defuncti rite et licite facere potest, etiam ante probationem testamenti obtentam; quia ejus potestas non a probatione sed a testamento derivatur: administrator vero totam suam potestatem a literis administrationis derivat, et ideo donec has acceperit nihil omnino circa bona defuncti facere poterit. Exsecutor vel administrator cum testamento annexo, aut durante minore ætate, aut durante absentia, probationem testamenti obtinere tenetur et bona secundum testamentum administrare; ubi vero nullum est testamentum, necesse est ut administrator literas administrationis obtineat, et ut bona secundum præscripta legis distribuat. Tenentur tum exsecutores tum administratores inventarium facere omnium bonorum defuncti, sive sunt *in possessione* sive *in actione*, ejusque exemplar si hoc exigit tribunal tradere, et jurejurando confirmare. Omnia bona quæ in inventario recensentur colligere tenentur, actionibus

(a) *Assets* is derived from the French *assez*, enough, "and is applied to personal estate in the hands of the executor or administrator, as well as to real estate in the hands of the heir. . . . By 8 & 9 Vict. c. 97, it is provided, that notwithstanding any *specific bequest* of any public stock standing in the books of the Governor and Company of the Bank of England, such stock may be transferred by the executor or *administrator cum testamento annexo*, of the party making such bequest,—after probate of the will, or the letters of administration, *shall have been left* at the Bank for registration." Step., vol. 2, p. 213. A similar provision has been extended to Ireland. The Bank, before allowing the transfer, may require that all the executors who have proved shall join in making it.

communiter fit inter homines, quæ ut statim dicemus non obligat ex justitia, nisi adhibendis solennitatibus lege præscriptis aut alio modo promittens significet se habere intentionem ex justitia se obligandi.

280. Sed quod attinet ad usum, fatemur hanc sententiam non multum a tertia discrepare; namque auctores tertiæ sententiæ, quam finibus infra signandis definitam amplectimur, fatentur promissorem rarissime velle se ex justitia obligare, nisi servatis solennitatibus se ex jure ad rem promissam præstandam astringat. "In promissione gratuita," ait Lugo (a), "*plerumque* deest animus obligandi se ex justitia: si tamen promittens dicat volo me graviter obligare, jam eo ipso vult implicite se ex justitia obligare, cum non possit ex sola fidelitate se ita graviter obligare. Unde Molina disp. 262, n. 8, dicit in ejusmodi gratuitis promissionibus homines ut plurimum, nisi aliud expriment, velle solum ex fidelitate obligari." Insuper iidem agnoscunt (b) in dubio utrum quis se obligare voluerit ex justitia an ex fidelitate, obligationem fidelitatis tantum contrahi. Et idem dicendum est si promissarius ignoraverit promissorem voluisse se graviter obligare, dummodo ille veritate cognita promissionem quæ nondum retractata fuerit, in sensu promissoris ne acceptaverit (c). Neque interest utrum verbis promissio facta sit an scriptis, nisi hæc scripta ad normam juris conficiantur; quia utroque modo potest promissor se ex fidelitate tantum obligare, et ita ejus mens interpretanda est, nisi certum est eum voluisse ex justitia se obligare. Denique dicunt ad constituendam materiam gravem, etiam quando promissor vult se ex justitia obligare, requiri quantitatem quadruplo majorem quam in furto; quia ex communi hominum sensu longe gravior injuria est auferre alteri rem suam ipso invito, quam res nostras proprias etiam ex justitia promissas alteri non tradere (d). Insuper agnoscit Sanchez (e) qui in hac materia rigidioram amplectitur sententiam "*plurimas promissiones excusari posse a mortali, quia per eas non intendunt homines se obligare præcise, sed ex quadam benevola honestate, vel ignorant tantam ex simplici promissione consurgere obligationem, existimantes solum obligari ad suum tuendum honorem: unde in proverbium abiit, verba urbanitatis minime obligare.*" Denique notandum est promissionem gratuitam non obligare, si res promissa fiat nociva aut inutilis promissario, aut illicita, aut si circumstantiæ ita immutentur, ut

(a) Loc. cit. n. 93.

(b) Molina, t. 2, disp. 262.

(c) Cf. Lugo, loc. cit. n. 83.

(d) Vide alias rationes ap. Sanchez. de Mat., lib 1. disp. 5, n. 14.

(e) Ibid n. 21.

pro semestri spatio, aut mense, aut hebdomade, ante alia debita ex contractu simplici solvendas esse.

Non hic loquimur de debitis de quibus per vadium mortuum (hypothecam) aut per pignus cautum est; quia hæc res creditoribus hypothecariis obligantur donec hæc debita in solidum solvantur. Et in hac materia notandum est ex statuto recenti (17 et 18 Vict. c. 113), heredem aut legatarium status immobilis qui vadio mortuo oneratur, nullum jus habere ut hoc debitum ex bonis mobilibus, aut ex aliquo alio statu immobili defuncti solvatur, sed totum solvendum est ex ipsis agris in vadio mortuo abalienatis. Sed si agri in vadio mortuo abalienati non sufficiunt ad totum debitum solvendum, residuum exigere potest creditor hypothecarius ex rebus mobilibus et etiam ex aliis statibus immobilibus defuncti, sed hoc residuum debiti non habebit privilegium, nisi alio modo solenni, v. g. facto muniatur.

Inter debita ejusdem gradus exsecutor aut administrator *legitimus* id quod sibi debetur primo locoolvere potest; aliter enim pejoris esset conditionis quam ceteri creditores, quoniam actionem ad id quod sibi debetur, exigendum sibimet ipsi intendere non potest. Diximus *legitimum*, quia si quis (etsi sit creditor defuncti) sine auctoritate arripit bona defuncti, aut eorum administrationem suscipit, se efficit exsecutorem *ex sua culpa* [*de son tort*] (a), et hæc non solum non permittitur ei retinere ad debitum sibi solvendum, sed insuper se subijcit omnibus incommodis, sine ullo commodo quod exsecutori legitimo conceditur. Unde etsi ipse nullam actionem jure defuncti intendere potest, actiones ei intendi possunt ad exigenda bona defuncti quæ in manus ejus devenerunt, et etiam ut cogatur damna reparare quæ legitimus exsecutor aut administrator aut alii creditores ex ejus modo haud legitimo agendi fortasse sustinuerunt.

371. Inter creditores ejusdem gradus, ei primo solutio facienda est qui primus judicium tribunalis in sui gratiam obtinuerit, "vigilantibus enim, non autem dormientibus, jura subveniunt." Neque potest exsecutor aut administrator causam defendere ea ratione, quod si debitum huic creditori integram solvatur, futurum sit ut nihil pro aliis ejusdem gradus creditoribus relinquatur. Sed potest causam defendere declarando, si debitum huic creditori solvatur, bona sufficientia ad solvenda debita altioris ordinis defutura esse; quin immo si ei innotuerit debitum altioris ordinis existere, nisi hanc recusationem interposuerit, debitum altioris

(a) But merely doing acts of necessity or humanity, as looking up the goods, or burying the corpse of the deceased will not make a man executor *de son tort*. Id. p. 214.

ordinis ex propriis bonis solvere cogetur. Et quod attinet ad debita ex judicio tribunalis quod acta sua in tabulas refert, in jure censetur sufficiens indicium hujus debiti ex ipso judicio haberi; sed quando debentur ex instrumentis quæ factis muniuntur, non tenebitur ea ex propriis facultatibus solvere nisi indicatum ei expresse fuerit ea debita existere. Atque exsecutor aut administrator, quum ei actio a creditore intenditur, postquam omnia bona defuncti quæ ad ejus manus devenerunt in debitis ordine præscripto solvendis impendit, defendere se potest per hanc excusationem quod *plene administravit*; quo probato judicium de bonis [*assets*] *in futuro* in gratiam creditoris pronuntiat, vi cujus jus habet ad solutionem accipiendam ex bonis defuncti quæ postea fortasse ad manus exsecutoris aut administratoris pervenient.

372. Debitis solutis tenetur exsecutor aut administrator legata solvere. Legatum in jure nostro definitur: donum bonorum aut catallorum sive mobilium sive immobilium per testamentum concessum. Sed ut jam vidimus status immobilis legari potest, eisdem solennitatibus servatis, quæ in legandis bonis mobilibus necessariæ sunt. Sed quando conceditur status immobilis per testamentum, appellatur *a devise*, et is, qui statum accipit *the devisee*; et quando status concessus est mobilis, appellatur *a legacy*, et is qui statum accipit *the legatee*. Hic tamen loquimur tantum de legatis bonorum mobilium. Legatum transfert in legatarium *proprietary* inchoatam, sed ad perficiendam donationem rei etiam specialiter legatæ, v. g. certi vasis aurei, requiritur assensus exsecutoris aut administratoris cum testamento annexo, quamquam actione eum cogere potest legatarius vas tradere. Et hoc a fortiore verum est quando res aliqua in specie non legata est, sed v. g. certa summa pecuniæ. Insuper, ut vidimus, omnia bona testatoris pervenient ad exsecutorem sub obligatione solvendi, 1^o ejus debita et 2^o ejus legata. Itaque si vas aureum, aut alia res in specie legata necessaria sit ad debita integra defuncti solvenda, hanc legatario tradere nequit, sed eam vendere tenetur ad debita solvenda. Sed quando res in specie legata est, si bona alia non sufficiunt ad solvenda debita simul et legata quæ non in specie, sed in quantitate tantum aut pretio determinata sunt, hæc legata pro rata minuenda sunt, ita ut quicquid requiritur ad debitum integrum solvendum, ex eis solis subtrahatur, et vas, equus, vel alia res quæ in specie legata est, legatario sine ullo onere tradenda sit. Insuper etiamsi legata in specie infima non determinata, jam soluta sunt, et postea invenitur residuum non sufficere ad debita solvenda, hi legatarii tenentur, proportionem servata, reddere quantum necessarium est ad totum debitum solven-

dum. Ex altera parte res aliqua specialiter legata ut certus equus, *ademptioni* obnoxius est; si enim testator ante mortem de re illa aliter disponit, dicitur ea adimi [*to be adeemed*], et legatarius non amplius ullo jure circa eam ejusve pretium potitur.

373. Regula generalis est ut si legatarius moriatur ante testatorem, legatum irritum fiat, et ad residuum bonorum testatoris revertatur. Sed una in hac re exceptio ex statutis recentissimis facta est in gratiam posterorum testatoris, in linea recta; hi enim mortuis parentibus ante testatorem, adhuc legata accipient, ut supra exposuimus. Si quid alicui legatur ea conditione *si vel quum* 21^{um} aut 25^{um} annum compleverit, isque moriatur hac ætate non adepta, legatum irritum fit, etiamsi legatarius testatori supervixerit. Attamen tale legatum etsi *contingens* vestitum est [*is vested*]; et ideo commodum incipit *in præsentī*, etsi *solvendum est in futuro* (a), et ideo ii qui in ejus jura succedunt [*his representatives*] hoc legatum ex bonis mobilibus [*the personal estate*] testatoris accipient. Si vero legatum ex statu immobili testatoris solvendum est, sive legatarius moriatur ante testatorem liberis relictis, sive ei supervixerit, dummodo ætatem definitam non attigerit, legatum irritum fit in commodum heredis, nisi ex ipso testamento appareat hanc non fuisse mentem testatoris.

Exsecutor non tenetur legataolvere nisi anno integro elapso post mortem testatoris, et ideo usura [*interest*] a legatario exiginequit nisi post annum elapsum; sed si tale legatum quod statim post mortem testatoris debitum est ex agris solvendum est, usura ex hoc etiam tempore debetur. Et idem dicendum est de legata in specie pecunia in fundis publicis collocata.

374. Diximus supra olim multum disceptatum esse cui residuum post debita et legata soluta adjudicandum esset; nunc autem ex 1 Guliel. IV. c. 40, ad legatarium residuarium jure pervenire, si legatarius residuarius statûs tum mobilis tum immobilis constitutus sit; si vero est residuarius statûs mobilis tantum, residuum statûs immobilis transire ad heredem; et si nullus sit legatarius residuarius, residuum status mobilis inter consanguineos defuncti distribuendum esse. Et similiter disceptatum est de residuo bonorum illius qui intestatus mortuus est, an administrator debitis defuncti solutis cogi posset residuum distribuere. Sed hoc dubium non amplius existit; namque ex 22 et 23 Car. 2, c. 10 [*Statute of Distributions*], et 29 Car. 2, c. 3, statutum est ut residuum bonorum eorum hominum qui intestati mortui sint (exceptis mulieribus matrimonio junctis, quorum bonorum administratio et fruitio ad maritos ex principiis juris com. pertinent)

(a) Cf. de Just., m.

post lapsum unius anni a morte intestati hoc modo distribuendum sit. Si is qui intestatus mortuus est reliquerit uxorem et liberos, tertia pars bonorum ejus et catallorum etiam immobilium uxori danda est, et duæ tertiæ partes inter liberos æqualiter distribuendæ sunt, vel si unicus sit natus huic tradendæ sunt. Si vero liberi mortui sunt ante intestatum, duæ tertiæ partes inter eorum liberos aut alios posteros in linea recta [*lineal descendants*] distribuendæ sunt. Si vero neque liberi neque eorum posteri tempore mortis intestati existunt, dimidia pars bonorum uxori danda est, et dimidia pars inter consanguineos defuncti modo infra exposito distribuenda. Ex altera parte si uxor mortua sit ante maritum, omnia bona et catalla inter liberos, eorumve posteros æqualiter dividuntur; si vero intestatus neque uxorem neque liberos, neque liberorum posteros reliquerit, totum residuum inter consanguineos proximos qui in eodem gradu cum intestato conjunguntur, eosve qui in horum jura successerint [*their representatives*] æqualiter dividetur. Sed in linea transversa nemini ex jure alterius [*by representation*] succedere permittitur præter liberos fratrum et sororum illius qui intestatus mortuus est.

375. Regulæ secundum quas computatur consanguinitas cum eo qui intestatus mortuus est, fere eadem sunt quas supra de constitutione exsecutoris in simili casu exposuimus. Itaque mortuo Caio, sine uxore aut liberis liberorumve posteris, pater ejus si superstes sit omnia bona et catalla intestati accipiet; si vero pater mortuus est et mater superstes, ipsa et liberi defuncti, et liberorum posteri in linea recta, hæc bona inter se æqualiter divisa accipient. Sed quando dicimus residuum inter hos omnes æqualiter dividendum esse, hoc intelligendum est de eis tantum qui eodem gradu consanguinitatis cum defuncto conjuncti sunt, quique succedunt *jure proprio*, non autem *jure alterius*, seu ut a jurisperitis dicitur *jure representationis*. Prior distributio dicitur esse *per capita*, posterior per *stirpes*, ut in tract. de just., n. 568, exposuimus. Itaque si Petrus intestatus mortuus est relinquens superstites matrem fratrem et sororem, et tres liberos alterius fratris et duos liberos alterius sororis, quorum parentes ante intestatum fato functi sunt, totum residuum status mobilis et catallorum Petri in quinque partes dividetur, quarum unam accipiet mater, aliam frater, et aliam soror, qui superstites sunt; tres vero liberi fratris defuncti unam quintam partem inter eos æqualiter divisam, et duo liberi sororis defuncti similiter unam quintam partem inter eos æqualiter divisam accipient. Si vero mater et omnes fratres et sorores intestati ante eum mortui sunt, liberi superstites fratrum et sororum totum residuum æqualiter inter se dividunt; quia tunc partes istas *jure proprio* et non

jure representationis accipient. Itaque si in casu allato tantum superstites essent tres liberi fratris mortui et duo sororis mortuæ, hi quinque statum Petri inter se æqualiter divisum acciperent. Jam monuimus nemini in linea transversa permitti aliquid jure representationis accipere præter liberos fratrum et sororum defuncti. Itaque si Petrus intestatus mortuus est reliquens superstites fratrem Paulum, duos liberos sororis Mariæ, et duos nepotes [*grandchildren*] Caii fratris sui, residuum in duas partes dividetur, quarum unam accipiet Paulus, et alteram æqualiter divisam accipient duo liberi Mariæ, nepotes vero Caii nihil omnino accipient. Hi ultimi ergo partes accipere non possunt nisi jure proprio, id est quando omnes consanguinei Petri in gradu proximiori extincti sunt. Si vero pater et fratres et sorores Petri, horumque liberi ante eum mortui sunt, mater ejus totum residuum accipiet. Matre vero ante intestatum mortua ejus fratres et sorores horumque liberi jus ad residuum habent; post eos ejus avi et aviæ qui ei supervixerint, inter quos residuum æqualiter dividendum est; et si unus tantum ex eis superstes est tempore mortis intestati, is vel ea totum accipiet. His extinctis residuum æqualiter dividendum est inter patruos, avunculos, et amitas intestati; et his quoque extinctis inter proavos, post hos inter consobrinos, deinde inter sobrinos, in gradu proximo, et sic deinceps inter consanguineos propinquiores superstites intestati, quos omnes succedere *jure proprio* necesse est, neque successio jure representationis conceditur, nisi iis qui succedunt sunt posterii intestati, aut ejus fratrum aut sororum filii. Et ut supra diximus, nulla est distinctio inter eos qui ex eodem patre et matre, et qui ex altero tantum parente ejusdem sanguinis cum intestato nati erant, neque inter mares et feminas, neque inter consanguineos ex parte paterna et ex parte materna.

Denique notandum est si quis ex liberis illius qui intestatus mortuus sit (herede excepto), ab eo dum viveret portionem aut agrorum aut pecuniæ æqualem partibus distribuendis aliorum liberorum acceperit, huic nihil in reliquo distribuendo dandum esse. Si autem pars quam is accepit æqualis non est partibus aliorum liberorum, tunc tantum ei dandum est quantum sufficit ut pars ejus æqualis partibus aliorum reddatur.

376. Notum omnibus est exsecutorem aut administratorem non raro magnis difficultatibus et periculis vexatum esse. Ex his nisi ipse illegaliter munus suum obierit semper se extricare poterit recursu habito ad tribunal Cancellariæ. Sed ad hoc remedium recurri non debet nisi in rebus difficillimis, ut satis omnibus notum est. Sed creditores quoque, nisi debita eis soluta fuerint, recurrere possunt ad idem tribunal, ab eoque petere ut sub ejus tutela

res defuncti administrentur. Et idem remedium etiam præstó est legatariis aut aliis qui jure ad bona defuncti accipienda potiuntur, si exsecutor aut administrator bona sibi commissa dissipet, aut male administret.

Ex statutis vero recentioribus alia subsidia exsecutoribus et administratoribus præbentur. Potest enim exsecutor aut administrator obtinere ab aliquo judice tribunalis Cancellariæ sedente in conclavi, ut aiunt [*a judge of Chancery at chambers*] mandatum ad computandas rationes debitorum [*the outstanding debts*] quæ colligere tenetur, et debitorum, legatorum, &c., quæ solvenda sunt, quibus rite peractis ille suis obligationibus in hac re liberabitur. Potest etiam se conferre ad judicem ejusdem tribunalis ad consilium obtinendum de bonis defuncti administrandis, et si consilium acceptum secutus fuerit officio suo rite functus esse censebitur. Insuper si indicio dato in actis publicis (a) quæ circumferuntur in locis ubi habitant, creditoribus defuncti, legatariis, &c., ut sua postulata ad exsecutorem aut ad administratorem transmittant, ante certum diem, hoc die præterito ille omnia bona et catalla distribuerit inter eos qui sua postulata protulerint, non licebit aliis creditoribus, &c., si qui sunt, ullam molestiam exsecutori afferre. Sed hæc præscripta lata sunt tantum ad tuendum exsecutorem, &c., et minime obstant ne ii quorum justa postulata soluta non sunt recursum habeant contra eos qui aliquid ultra justam portionem acceperint.

Præterea potest exsecutor debita aliave postulata solvere ex testimonio quod ipse sufficiens esse judicet, et accipere compositionem, aut aliquam cautionem propter ea quæ defuncto debita sunt. Potest etiam ad suum arbitrium tempus creditori concedere, ante cujus lapsum is solvere non tenetur; et etiam componere, compromittere, aut judicio arbitrorum permittere omnia debita, rationes, et postulata, sine ulla obligatione reparandi damna, quæ sine ejus dolo vel fraude inde fortasse secuta sunt. Tenetur tamen tantum pecuniæ retinere quantum ad vectigal ex legatis debitum solvendum sufficit hæcque eis qui vectigalia domestica administrant solvere.

Aliud præscriptum quod ad tutandos exsecutores et administratores latum est claritatis causa lingua Anglicana exscribere juvat. "An executor or administrator, *liable as such* on a lease granted to the testator or intestate, or on the conveyance of property to him subject to a chief rent or rentcharge, may—after assigning or conveying such lease or property to a purchaser, and following in other respects the course pointed out by the Act,—

(a) This notice is usually inserted in the Gazette.

proceed to distribute the assets without being *personally* responsible for claims which may afterwards accrue due under the lease or conveyance." 22 & 23 Vict. c. 35, ss. 27, 28. Step. vol. 2, p. 219, n.

Punctum Septimum.

Quo jure habeat quis potestatem de rebus suis per testamentum disponendi, et quatenus testamentum sine solennitatibus legalibus confectum obliget in conscientia?

377. De hac quæstione disputant tum jurisperiti tum canonistæ tum theologi. Quidam dicunt hanc potestatem a jure naturali derivari (a). Alii (b) eam a jure civili, et alii (c) denique a jure gentium provenire sentiunt. "Hinc colliges," ait Haunoldus (d), "quid sentiendum sit circa illam controversiam. . . . an potestas testandi sit juris nat. an juris gent. an juris civilis. . . . Et hæc sententia (esse juris civilis) est simpliciter vera, quamvis omnes conciliari possint. Nam juris naturalis et gentium eo sensu esse dici potest, quod rationes, ob quas potestas testandi conceditur, sunt valde consentaneæ naturæ, sicut consentaneum est naturæ, ut homo ab homine gubernetur, alii præsent alii subsint. Cæterum, non est ita juris nat., ut nisi lex extaret, quæ ultimas voluntates ratificaret, et sua auctoritate muniret, adhuc testamenta aliæque ultimæ voluntates suum robur haberent. Hoc enim manifeste falsum est. Ratio est, quia, ut bené notat Ferd. Vasquez bona defunctorum ex natura rei sunt bona vacantia, et quasi derelicta, adeoque ex natura rei cederent primo occupanti. Quia privatus homo non habet a natura potestatem disponendi de ulla re pro illo tempore, quo ipse omnis juris incapax est. . . . nam transferre dominium in alium propria auctoritate, est alium suo loco velle habere jus illud, quod ipse, si vellet, posset retinere. Unde sicut non possum nunc disponere de re, quæ quidem aliquando mea fuit, nunc autem non amplius est, ita ex rei natura præcise non possum disponere de re pro illo tempore, quo illa res non potest esse mea." Et hæc vera esse videntur, quia per mortem homo omnino incapax efficitur dominium bonorum externorum habendi. Quoniam ergo necesse est ut mors intercedat testatoris antequam valeat testamentum, et testator in instanti mortis omni dominio circa res temporales privatur, non apparet

(a) Vinnius Instit. Imperialium Commentarius, lib. 2, tit. 10, n. 3, Molina tr. 2, disp. 124, &c.

(b) Zallinger Instit. Juris nat. § 120, Haunoldus t. 2, tr. 6, cap. 1, nn. 14, 15, Schmalzgrueber in lib. 3, Decret. tit. 26, De Testamentis, n. 3 et seq.

(c) Ap. Haunold, et Schmalz. locis cit. (d) Loc. cit.

quo modo vi solius ejus voluntatis hoc dominium in alium transferatur; quoniam ipse jam antea eo jure naturali privatus est. "Nam ad transferenda et naturali jure dominia necessaria est et voluntas et potestas transferentis ipso tempore, quo fit alienatio; porro testator vivus voluntatem transferendi non habet; mortuus non habet potestatem: nam dominium bonorum fortunæ nec usum præbent mortuo nec ab eo servari possunt, cum homine extinguitur uti et omnis voluntas circa ea disponendi extinguì censetur, ut adeo homo qui nudus egressus est de utero matris suæ nudus revertatur" (Job. 1, 21.) (a).

378. Argumenta adducta pro sententia quæ potestatem testamenti conficiendi a jure naturæ deducit, probant quidem hanc potestatem valde consentaneam esse rationi naturali, et societatis utilitati multum prodesse, non autem probant aut directe hominem ita de rebus suis disponere posse ut ejus ordinatio circa eas, solo jure naturali spectato, post ejus mortem valere debeat, etiamsi ipse tum dominium tum possessionem harum rerum usque ad mortem retineat; neque indirecte hanc potestatem in omnibus temporibus et circumstantiis ad bonum publicum absolute necessariam esse. Diximus si retineat tum dominium tum possessionem, quia si res suas alteri tradat ea conditione ut illius sint si donator moriatur, hæc donatio rata et valida est; quia in hoc casu donatarius rem accipit imposita tamen obligatione eam donatori reddendi si sanitatem receperit, quæ conditio mortuo donatore nunquam existere potest, et ideo donatarius harum rerum dominium absolutum acquirit. In gratiam sententiæ quæ juri naturali attribuit potestatem testamenti condendi argumentantur ejus patroni ex usu antiquissimo quo ante omnes leges civiles tempore antiquorum Patrum condita erant testamenta. Primum exemplum deducitur ex libro Genesis, c. 15, v. 3, "Addiditque Abram: mihi autem non dedisti semen: et ecce vernaculus meus (Eliezer) heres meus erit." Sed non constat Abrahamum testamentum tunc confecisse; nam tantum quodam modo prædixit se facturum Eliezer heredem suum, quia heredem ex proprio suo semine non haberet. Et revera de suis possessionibus Abraham postea non disposuit per testamentum, sed eas distribuit inter suos liberos dum adhuc vivebat: "Deditque Abraham cuncta quæ possederat, Isaac: filiis autem concubinarum largitus est munera, et separavit eos ab Isaac filio suo, dum adhuc ipse viveret." Gen. c. 25, vv. 5, 6. Sed Jacob moriens testamentum condidit, deditque Josepho partem unam supra fratres suos; et hoc legatum postea posteris Josephi datum est, quando Israël itæ

(a) Zallinger loc. cit. Cf. etiam Schmalzgrueber, loc. cit., n. 4.

terram promissam obtinuerunt. Secundum Plutarchum (a), Solon longe postea (b) usum testamentorum apud Athenienses introduxit; et dicitur Romæ non viguisse ante duodecim Tabulas perscriptas; et apud antiquos Hebræos, Indos, et Germanos agnitionum nunquam fuisse (c). Negari tamen non potest usum testamentorum et antiquissimum fuisse et communissimum, eumque a legibus nullius reipublicæ primò inter homines inductum esse. Nobis videtur hic etiam dicendum esse id quod in tractatu de justitia, n. 183, diximus de modo quo filii in bona parentum ab initio successerunt. “In primordiis mundi liberi viventes cum patre res familiares et proprietatem simul cum illo possidebant, et si ille de rebus suis ante mortem non disposuisset, ejus jura et possessiones in illis naturaliter perseverabant. Temporis decursus ille antiquus ut filii in jura patris non aliter de rebus suis disponentis, quamvis tempore mortis ejus absentes fuissent, succederent ad exclusionem extraneorum, consuetudine generali, et jure gentium (minus proprie dicta) inductus fuit.” “Est autem hoc jus gentium,” ait Schmalzgrueber (d), “minus proprie dictum; quia ad jus gentium proprie dictum ea duntaxat pertinent, quæ gentes servare tenentur inter se, et quæ omnium, aut fere omnium gentium usu ad earum commune bonum, et felicitatem promovendam, receptæ sunt. Atqui testamenti confectio, licet plerarumque gentium moribus recepta sit, ipsam tamen communis boni, et felicitatis promotionem, ac societatis inter eas conservationem immediate non respicit.”

379. Itaque censemus usum testamentorum primò moribus inductum esse vimque obligandi accepisse aut ex pacto tacito inter homines qui in eodem loco habitabant, aut ex lege expressa, vel ex consuetudine quæ vim legis habuerit, quum communitas ita aucta esset ut potestatem leges proprie dictas ferendi habere censeretur. Atque fieri fortasse potuit ut hic usus ex pacto implicito etiam in singulis familiis numerosioribus, quæ separatim ab aliis habitarent vim obligandi haberet. Hic autem usus gradatim per totam communitatem invaluit, et sic vim legis ex consuetudine accepit. Usus ille in alias communitates aut consuetudine, aut etiam legibus expressis inductus est, ut narrat Plutarchus de Solone, ante cujus leges latas apud Athenienses omnes facultates defuncti ad ejus uxorem aut liberos, aut his deficientibus ad ejus consanguineos propinquiores pervenerunt.

(a) In vita Solon.

(b) Circa annum mundi 3440 secundum magis receptam chronologiam.

(c) Cf. Carriere de Contractibus, n. 498, 2º, et Stephen, vol. 1, pp. 498, 499, auctoresque ab eo in notis adductos.

(d) Loc. cit., n. 5.

Itaque vi testamentorum, aut ex pacto explicito, vel implicito, aut ex consuetudine vim legis habente, aut ex lege expressa, seu ut dicunt scripta, et non ex solo jure naturali, deducenda est. Quamquam enim homines dum vivunt rerum suarum dominium ad suum arbitrium aut omnino aut ex aliqua parte tantum, et aut absente, aut in gratiam alterius abjicere possunt, non tamen possunt solo jure nat. spectato, earum dominium retinere donec eo p^a mortem privantur, et postea hoc in alterum transferre.

Sed revera hæc controversia ad usum vix attinet; quia etiamsi statuatur homines ex jure solo naturali potestatem habere testamenta condendi, admittendum tamen esset posse rempublicam exigere quasdam solennitates in condendis testamentis, sicut in aliis contractibus conficiendis, quæ vim suam ex lege ipsa naturali haberent, quibus non servatis testamentum irritum esset; quoniam hoc bono publico maxime expedit, et etiam necessarium esse potest. Ex altera vero parte quamquam respublica potest intra debitos fines restringere potestatem disponendi de bonis et possessionibus per testamentum, ubi tamen talis usus existit, non potest eum quoad substantiam spectatum abrogare, ut infra exponetur.

380. De alia magni momenti quæstione, quatenus irritum sit in conscientia testamentum sine solennitatibus legalibus confectum, tres præcipue sunt sententiæ. 1^a. Docet testamentum sine solennitatibus legalibus confectum valere in foro conscientiæ, sive ante sive post judicis sententiam. Unde inferunt ejus auctores Caium qui in bona et possessiones Petri successerit, quia hujus testamentum in gratiam Pauli confectum ex defectu solennitatum irritum fuerit, hæc omnia Paulo tradere teneri. "Item, si hæres ab intestato possideat, posse hæredem, aut legatarium ex testamento minus solenni, servatis debitis conditionibus, sibi occulte compensare (a)." Auctores hujus sententiæ præcipue nituntur præscriptis juris civilis, quæ secundum illos non irritant testamentum minus solenne in foro conscientiæ sed tantum in foro externo, ideoque testamentum suam vim naturalem obligandi in conscientia retinet. Hanc sententiam tenent S. Antoninus (b), Molina (c), Lessius (d), et alii plures quos afferunt Lugo loc. cit. et S. Alphonsus (e), qui pro ea citat Roncagliam. Et quidem hic auctor (f), cum aliis hic citatis docet, "in foro

(a) Cf. ap. Lugo de just., Disp. 22, n. 240, qui tamen secundam amplectitur sententiam.

(b) Pars. 3, tit. 10, c. 3, § 14.

(c) Disp. 81, n. 16 et seq.,

(d) Lib. 2, c. 19, dub. 3.

(e) De 7^o. Præcep., n. 927.

(f) De Contractibus, quæst. 14, cap. 1, qu. 3.

conscientiæ sustinendum esse testamentum, cui desint jris solennitates. . . . Ratio est quia, cum irritatio juris et obligationis naturalis sit odiosa, non est inducenda *ni plene constet etiam per jura talem obligationem auferri*. . . . In nostro autem casu *licet jura removeant^a a præfatis testamentis obligationem civilem non tamen constat removeere obligationem naturalem*; . . . et de hæc tot Canonistæ, et Theologi sentiunt per præfata jura solummodo removeri obligationem civilem.” Deinde affert Molin. Les. Laym. et Fagnan. Subdit vero idem auctor (a): “Post sententiam judicis puto etiam in foro interno *non posse retineri* quod habitum est ex testamento minus solenni. . . . Neque dicas nullatenus obligare sententiam judicis fundatam in falsa præsumptione, qualis esset in nostro casu; nam prænuntiaret non esse attendendum testamentum minus solenne ex præsumptione quod ibi potuerit aliqua fraus, vel dolus intervenire. Contra enim est quia, judex etsi sciret in aliquo testamento minus solenni fraudem non intervenisse, adhuc illud nullum declarare deberet; leges etenim præscribentes solennitates non præcise respiciunt an in hoc, vel illo casu intervenierit fraus, sed an periculum sit quod possit intervenire, non servatis solennitatibus. Ad illud autem periculum removendum, quidquid sit de aliquo casu particulari, volunt leges omnem actum talibus solennitatibus carentem omnino nullum declarare.”

Hæc vero sententia sic exposita a tertia quam statim profereamus non discrepat. Admittit enim testamentum solennitatibus præscriptis non servatis, fore irritum in conscientia, etiam ante judicis sententiam, si constaret legislatorem civilem voluisse obligationem etiam naturalem auferre, et ideo valere testamentum minus solenne ante sententiam, quia certo non constet legislatorem civilem velle hanc obligationem auferre.

381. Secunda sententia docet testamentum solennitatibus legalibus non servatis irritum esse in conscientia, etiam ante judicis sententiam. Satis admissum apud auctores esse videtur, ita exigere posse legislatorem civilem quasdam solennitates ob bonum publicum ut his non servatis testamentum omnino irritum foret. Quamobrem auctores hujus sententiæ id præcipue agunt ut mentem civilis legislatoris circa hanc materiam investigent. Hanc sent. tenent Vasquez (b), Sanchez (c), Lugo (d), Salman-

(a) Loc. cit. quer. 4^o.

(b) Opusc. moral. de test. c. 3, dub. 1, n. 4.

(c) Lib. 4, Concil., c. 1, dub. 14, n. 4.

(d) De just., disp. 22, sec. 9, ubi n. 256. Bannez, Becanum, multosque alios pro se adducit.

ticens. (a), et Haunoldus (b). Tertia sententia docet testamentum solennitatibus præscriptis non servatis, non esse pleno jure irritum, sed ejus rescissionem juste apud judicem exigi posse, eo fere modo quo minores rescissionem contractuum suorum de rebus non necessariis exigere possint. Hanc sentent. tenent Sotus (c), Layman (d), Billuart (e), Pirhing (f), S. Alphon. (g), et alii multi.

382. Quamquam eam opinionem ut probabiliorem amplexi sumus quæ potestatem testamenta ab initio condendi ex jure humano deducit, attamen dicimus 1^o potestatem civilem usum testamenti condendi, porsus abrogare non posse. Hoc est contra Schmalzgrueber (h), et quosdam alios quos pro sua sententia adducit. Ratio tamen cur censeamus potestatem civilem usum testamentorum prorsus abrogare non posse, ea non est quam impugnat auctor citatus (i), quod jus naturale aut gentium ex quo originem suam ducunt testamenta immutabile sit, et ideo humanæ reformationi non subjaceat; sed quia lex omnino abrogans usum testamentorum esset perniciosa et bono publico nociva. Quamquam enim potestas testamenti condendi non est de lege naturali immediate et per se præceptiva, est tamen de lege nat. non tantum hoc permittente, sed et suadente et monstrante ut medium aptissimum ad convicium humanum fovendum et ad bonum publicum promovendum. Hoc enim modo bona ita transmittuntur ut earum domini ea necesse ad ~~mutuam utilitatem~~ videre familiis suis aliaque officia justitiæ, pietatis, caritatis, amicitiae, et gratitudinis perficere. Hic autem usus, generaliter atque universe introductus, abrogari non posset sine totius societatis confusione et subversione. Potest tamen respublica intra debitos limites eum coarctare, certasque solennitates in faciendis testamentis ob bonum publicum necessarias, sub pœna nullitatis sive ante sive post sententiam exigere. Dico solennitates ob bonorum publicum necessarias; namque si tam multæ et implicatæ essent ut potestatem condendi testamenti, quantum ad usum pertineret magna ex parte tollerent, earum obligationem aut ad forum tantum externum restringeremus, aut si forte eam ad forum conscientiae extenderemus, ibi tantummodo post sententiam valituram, aut valere posse teneremus. His 1^o. stabilitis:

(a) De contrac., cap. 1, punct. 6, n. 51.

(b) De just., tom. 2, c. 1, contrav. 3, n. 30 et seq. ubi, n. 29, pro hac sententia præter alios theologos adducunt Bonacinam, Dicastillo, et plures juristas.

(c) De just. lib. 4. qu. 5, a. 3.

(d) Lib. 1, tr. 4, c. 17, n. 2, et seq.

(e) Dissert. 2, a. 3, § 3.

(f) Tit. de testam., n. 14 et seq.

(g) De 7^o. præcept, n. 927.

(h) Loc. cit., n. 9.

(i) Ibid, nn. 8 et 10.

383. Dicimus 2^o, legem, qua irritum declaretur testamentum ob defectum solennitatum quæ ad fraudes in testamentis conficiendis prohibendas, et ad bona familiarum tutanda valde conducant, et quæ sine magno aliquo incommodo servari possint, obligare in conscientia, saltem post sententiam. Tales sunt, v. g. solennitates quæ in jure nostro exiguntur; ut testamento subscribantur nomina testatoris et duorum testium; quæ nomina etiam ab alio vel aliis, jubente testatore vel testibus subscribi possunt. Potest enim præcipere respublica ut testamentum quod ex defectu harum solennitatum a judice irritum declaretur, etiam in conscientia nullum et irritum sit. Et omnino exigit bonum commune ut hoc modo legislator legem suam ferat. Aliter enim respublica auferret possessiones defuncti ab eo quem, verum earum dominum esse, agnosceret, eosque alteri traderet qui sine iniustitia et iniquitate eos accipere nequiret, quique eos priori possessori, non obstante judicis sententia secundum se prolata in foro conscientia restituere teneretur. Deinde is qui bona defuncti possideret ex testamento minus solenni, eisque privaretur per sententiam qua testamentum irritum declaratum esset, ad compensationem occultam juste recurrere posset, et tamen si probaretur eum hæc bona surripuisse reus felonie haberetur, et ad graves poenas subeundas a judice damnaretur. Hanc sententiam egregie pro more suo exponit Suarez, cujus verba infra proferam.

384. Dicimus 2^o quandoque dubium juris est utrum testamentum legatarium res ex tali testamento acceptas retinere; aut si ab iis occupatæ sunt ad quos pervenire debebant si defunctus intestatus mortuus esset, eas apud judicem vindicare, et si in judicio vicerit salva conscientia retinere; et vice versa posse eos ad quos hæc res pervenissent si defunctus intestatus mortuus esset, eas retinere si jam acceperint, donec ex sententia judicis eas reddere teneantur, aut si jam eas exsecutor, aut legatarii acceperint, eas apud judicem vindicare, et si in judicio vicerint, eas tuta conscientia retinere; post sententiam vero neutram partem ad occultam compensationem recurrere posse.

Hujus regulæ quæ tum totum respicit testamentum tum singulas ejus partes plura supra protulimus exempla. Sic dubium juris ut vidimus oriri potest de necessitate quorundam verborum sive in testamento sive in codicillis ad status certi generis valide legandos. Dubium facti esse potest utrum testes simul adfuerint quum tum testator tum ipsi testamento subscripserint; utrum sua nomina subscripserint in loco ubi eos videre potuerit testator, &c., quæ præscripta supra exposuimus.

385. Quod attinet ad legatarios, dubitari non potest eos le-

gata accepta retinere posse, et si non acceperint ea apud judicem exigere; quia in hoc casu constat voluntatem testatoris fuisse ut ea acciperent, et in tali casu, existente dubio utrum testamentum ratum sit necne, possunt sane legata ex eo debita accipere et retinere donec dubium per sententiam judicis sublatum fuerit. Unde ex nostro jure potest is qui accepit statum *immobitem* vi testamenti, eum retinere donec testamentum irritum declaratum fuerit; et si heres eum occupaverit, potest actionem ad statum exigendum ei intendere. Quatenus vero testamentum circa bona et catalla etiam immobilia versatur, hæc nemo legaliter accipere potest vi testamenti, nisi eo probato, aut si nullus sit testamenti exsecutor, donec literæ administrationis alicui concedantur. Quum dubium de validitate testamenti oritur, fieri potest intercessio [*a caveat*], apud tribunal a quo probatio petitur, quo judex rogabitur ne probationem concedat. Interim donec probatio concedatur et exsecutor aut administrator cum testamento annexo constituatur, legatarii res sibi legatas arripere nequeunt; sed si aliquis ex eis legata jam possiderit, et si alia bona defuncti ad debita aliaque legata solvenda, quemadmodum superius exposuimus, sufficiunt, hæc in conscientia retinere potest, donec testamentum irritum declaretur. Testamento vero probato, et legatis solutis, utique legatarii, etiamsi postea lis de validitate testamenti moveatur, possunt bona et possessiones ex testamento acceptas retinere donec testamentum irritum declaratum fuerit.

386. Ex altera parte, si quis possideat fundum, pecuniam aliave bona quæ ad eum pervenissent, si defunctus intestatus mortuus esset, hæc neque exsecutori, neque legatariis, neque cuiquam alteri solvere tenetur vi testamenti de cujus validitate apud judicem certatur. Etenim si testamentum revera sit irritum, opinio quæ docet tale testamentum vim habere in foro conscientie est tantum probabilis, contraria autem opinio quæ statuit illud irritum esse in foro etiam conscientie æque probabilis est. Sed in dubio hujusmodi sane melior est conditio possidentis. Præterea si testamentum irritum declaretur, bona et possessiones ab eis quibus ex sententia judicis debentur, tuta conscientia exigi et retineri possunt, ut supra demonstravimus. De hac parte verba Suarezii proferre juvat. Imprimis docet (a) frequentius verum esse, contractus, et actus irritos jure civili ex defectu formæ in conscientia irritos esse, præsertim quando pertinent ad publicam administrationem, ut sunt sententiæ, electiones, et similes. Deinde sic procedit: "In aliis vero legibus, quæ magis consulunt commodis singulorum, et ponunt formam contractibus, testa-

(a) De legibus, lib. 5, c. 32, n. 7.

mentis, et similibus, aliquando solent leges non irritare obligationem internam, nec impedire naturalem valorem actus, sed tantum vel negare actionem in judicio, vel irritare instrumentum sic factum, vel scripturam, ut non faciat fidem in judicio, aliquando vero omnino irritant actum, etiam quoad valorem naturalem. In quo verba legis *rigorose* pensanda sunt et *stricte* semper sunt interpretanda, quia materia est odiosa. *Semper* tamen verum existimo, esse licitum in conscientia, uti his legibus ad irritandos actus, et eum, qui ab aliqua obligatione, vel promissione excusatur, vel rem aliquam per sententiam justam secundum illam legem latam obtinet, tuta conscientia rem obtinere; et a solutione obligationis excusari, quamdiu lex civilis per canonicam non est derogata, et tanquam justa in suo foro servatur. Quia licet fortasse lex per se solam non tollat omnino obligationem naturalem, dat potestatem judici, ut omnino irritet actum, et consequenter tollat illam, vel mutet rei dominium; nam hoc non excedit potestatem legis civilis, et supposita tali lege, necessarium est, *ut servari possit sine occasione injustitiæ et peccati*. Ut v. g. in lege statuente solennitatem testamenti, licet demus per se solam irritare testamentum, non tamen voluntatem defuncti, et ideo posse hæredem (legatarium) institutum in testamento minus solemni tuta conscientia retinere hæreditatem, quamdiu ab illo non exigitur, quia moraliter certus est de voluntate defuncti: nihilominus, qui ab intestato deberet succedere, poterit tuta conscientia litem movere, et postulare hereditatem, et si obtinuerit retinere illam, quia lex hoc illi concedit, et saltem per sententiam efficaciter applicatur." Si vero is qui ab intestato succederet, ejus bona, sententia contra validitatem testamenti prolata, tuta conscientia postulare et retinere poterit, utique pendente lite utrum testamentum ratum sit necne, se his bonis exuere non tenetur.

387. Dicimus 4°. quum testator testamentum confecerit *quod ipse ratum et validum putaverit*, quamquam legatarii cognoscant id prorsus ex defectu solennitatum irritum esse, eos posse legata sine vi vel dolo possessa retinere donec eis per sententiam judicis priventur, dummodo verum existat dubium utrum lex ante an nonnisi post sententiam obliget. Ex altera autem parte manifestum est eos ad quos bona defuncti pervenirent si intestatus mortuus esset, si hæc sine vi vel dolo possident, ea legatariis ex testamento irritum minime in conscientia tradere teneri, quinimmo etiamsi a legatariis possideantur ea exigere posse, et si legatarii reddere recusent, in judicio repetere. Secunda pars hujus assertionis sequitur ex eis quæ supra diximus. Prima pars eo nititur principio quod lex dubia non obligat; quamquam

enim nullum dubium existit neque de existentia neque de sensu legis, vere tamen dubitatur (ut suppono) utrum legislator voluerit obligationem conscientiae inducere ante an nonnisi post sententiam iudicis. Et hæc est opinio quam S. Alph. (a) probabilior et in praxi omnino sequendam esse dicit, qui pro ea post plures alios profert principium illud quod *in dubio melior est conditio possidentis*. Supponitur utique possessionem sine vi, dolo, aut fraude obtentam esse. Hoc evenire potest duplici modo, 1°. si legatarius rem sibi legatam tempore mortis testatoris, titulo v. g. commodati, precarii, aut mutui, jam possederit; 2°. si is cui status immobilis legatus est [*is devised*], eum accipiat ex testamento quod ex aliquo defectu solennitatis ratum non est; aut si executor, vel administrator defuncti *cum testamento annexo*, legatum solverit secundum voluntatem testatoris, quamquam testamentum propter defectum solennitatum irritum sit. Non hic loquimur de juris nostri præscriptis: de eis enim infra separatim agemus. Nunc in casibus expositis possessor potest rem accipere ex principio quod lex dubia non obligat, et hoc posito fundamento, etiam alio uti potest principio, quod in dubio melior est conditio possidentis, non quidem in primo casu titulo mutui, sed novo titulo possessionis qua nunc rem possidet, scilicet ex voluntate defuncti, quæ voluntas, non obstante defectu solennitatis, probabiliter ut suppono, rata et firma est in foro conscientiae, donec per sententiam irrita declaretur. Eodem principio uti legatario [*the devisee or legatee*] licet in secundo casu, quia possessionem ex voluntate testatoris accipit, quæ voluntas probabiliter rata et firma est in foro conscientiae. Itaque quoniam lex dubia non obligat, rem retinere potest legatarius, et hoc posito fundamento, uti potest altero principio quod melior est conditio possidentis.

Sed hic caute observandum est legatarium rem auferre non posse sive occulte sive *publice* ab eo ad quem pervenisset, si testamentum irritum declaratum esset, nisi ex ejus consensu; quia tunc is possideret, et principium quod in dubio melior est conditio possidentis omnino pro eo staret et jus ejus tueretur. Hanc sententiam expresse docet S. Alph. (b); “3°,” ait, “probabile etiam esse dicunt Salmant. de rest. c. 1, n. 321, Less., &c., cum Lugo de just., d. 16, n. 95, legatarium ex testamento non solemni posse compensare legatum sibi relictum.” . . . Non valeo acquiescere relatæ opinioni, gravissima enim est sententia (licet alii probabiliter etiam contradicant) quod ex testamento nullo nullum jus

(a) Loc. cit.

(b) Lib. 1, n. 35, ed. Rom. 1757. Citatum in not. ad num. 35, ed. Mechlin, 1857, quam curavit P. Heilig.

acquiratur, ut tenent Molina, Lugo, Vasquez, Sanchez, Salamancaenses, &c. Ideo cum jus legatarii sit prorsus incertum, nescio quo modo possit ipse compensare adversus heredem possidentem."

388. Quod attinet vero ad alteram partem assertionis, legatarium posse in dubio de mente testatoris sine vi, dolo, aut fraude accipere et retinere legatum donec per sententiam judicis ei auferatur, aut saltem donec judicio exigatur, ea sequitur ex principiis probabilismi, secundum quæ in dubiis juris lex non obligat, et ideo quis conscientiam practice certam formare potest se actum ponere posse etiam cum periculo damni alteri inferendi, quum hic actus nonnisi dubie a lege prohibetur. Probabilitas autem versari potest circa factum vel circa jus; circa *factum*, ut quando Petrus probabiliter credit equum qui sibi furto ablatum est, eum esse quo vehitur Paulus, aut animal quod procul videt feram esse et non hominem; circa jus, ut quando Caius credit sibi licere contrahere matrimonium cum Maria, quia in circumstantiis in quibus versatur disputant inter se auctores classici utrum jure aliquo canonico prohibeatur tale matrimonium; aut contractum conficere quem probabiliter judicat esse honestum et justum, quamquam speculative timet ne forte usurarius sit. Loquor ergo de probabilitate *proxima* et *practica* juris, qua quis credit sibi licere actum hic et nunc ponere, quia lex qua metuit ne prohibeatur est dubia, ideoque se libertate actum ponendi non privari. His positis dicimus nunquam licitum esse uti cum alterius damno opinione probabili, probabilitate tantum remota, speculativa, et facti; atque ideo Petro licitum non esse equum ejusve pretium a Paulo abstrahere, neque Caio animal occidere; quia ex talis opinionis probabilitate conscientia practice certa nunquam formari potest. Sed hujus rei demonstratio ad præsens nostrum propositum non pertinet. Quando vero probabilitas est proxima, practica et juris, conscientia practice certa ex ea formari potest; quia lex dubia non obligat neque me libertate actum ponendi privat. "Probabilitas autem *juris*," ait S. Alph. (a), "versatur circa honestatem actionis, id est, an liceat contractum cum tali pacto (de quo dubitatur an sit usuarius vel ne) inire. . . . Dicendum (esse licitum uti) opinione, quæ est probabilis probabilitate juris; tunc enim quisque licite uti potest opinione illa, formans sibi conscientiam moraliter certam de honestate actionis. Quia tunc, cum dubia sit lex, et non satis manifeste proposita, hujusmodi lex vel non est lex, vel non est lex quæ obligat."

Itaque potest legatarius in dubio de intentione legislatoris

legatum sine vi vel dolo solutum accipere, quia nulla lege certa privatur libertate id accipiendi. Et hanc doctrinam expresse amplectitur ipse Lugo (*a*), dicit enim: “3° qui ex testamento minus solemnī legatum debet habere, cum sit opinio probabilis deberi in foro conscientiae ea legata; licet contraria opinio sit satis communis et probabilis; potest tamen *legatum detinere, vel de novo accipere, aut occulte sibi compensare*, ut fatetur Granado, &c., et Lessius, lib. 2, c. 19, dub. 3, n. 22, et n. 30 addit heredem ab intestato posse etiam uti compensatione occulta contra eum qui bona defuncti possidet ex testamento minus solemnī, quia contraria etiam sententia probabilis est cui se potest confirmare; licet Thom. Sanch. lib. 4, concil. c. 1, dub. 14, n. 12, *consequenter* (*b*) dicat, impossibile esse quod possit uti compensatione occulta hæres (legatarius) ex testamento minus solemnī contra hæredem ab intestato; quia ad compensationem occultam non sufficit jus ortum ex sententia probabili, sed requiritur jus omnino certum et luce clarius. Sed excessit in hac censura; negari enim non potest probabile esse id quod tot et gravissimi auctores concedunt.” Hic non agimus de compensatione occulta generaliter sumpta, et ideo nunc tantum adducemus testimonium doctoris eximii qui sic scribit (*c*): “Licet quis probabiliter opinetur *rem quam alius possidet* esse suam, non potest sua auctoritate illam surripere, quando conscius etiam est alteri non deesse rationem probabilem ad retinendam illam, quia tunc non potest applicare ad opus prius illud iudicium probabile, cum sciat in simili eventu *meliores esse conditiones possidentis*.” Quod attinet ad præsentem materiam, fateor me capere non posse quomodo doctissimus Lugo qui docet (*d*) “testamenta (exceptis iis quæ ad fideicommissa pertinent) sine solennitatibus præscriptis confecta, *irrita esse, et nullius valoris in utroque foro*” permittat legatario legata surripere ab alio qui ea bona fide et licite possidet ideirco quod disceptatio gravis existat inter auctores num talia testamenta irrita sint in foro conscientiae necne. Sane si unquam principium illud quod *melior est conditio possidentis* valet in foro conscientiae, ei in hoc casu adhærendum est. Deinde quoniam ex sententia auctoris testamentum irritum est etiam in foro con-

(*a*) De just. disp. 16, n. 95, 3°. Quanquam enim in hoc numero argumentatur ex opinionibus adversariorum, attamen in sequentibus eorum sententiam tuetur.

(*b*) Qui non solum in loco citato, sed alibi nempe lib. 6 in decal., c. 3, n. 7 eandem doctrinam tradidit.

(*c*) Suarez, de legibus, lib. 5, c. 18, n. 20.

(*d*) De just. disp. 22, n. 256.

scientiae, licitum esset iis ad quos bona defuncti nisi ob testamentum irritum devenissent, ea a legatariis surripere; et postea legatariis licitum esset ea iterum surripere; et sic deinceps. Sed nemo non videt quanta mala, furta, et perturbationes nascerentur si hominibus hoc modo agere liceret.

Itaque dicimus ubi vere dubitetur utrum legislator voluerit legem suam attingere forum conscientiae necne, posse aut legatarum aut eum ad quem bona defuncti pervenirent deficiente testamento, possessionem horum bonorum sine vi vel dolo accipere; quo facto is qui ea possidet, *bona fide* possessor constituitur, et ideo nisi per sententiam iudicis eis juste privari non potest. Ideo si Petrus ad quem bona defuncti perveniunt quia testamentum in gratiam Pauli confectum ex defectu solennitatum irritum est, possessionem horum obtineat, Paulus si ea bonae fidei possessori surripiat, furti reus erit et ad restitutionem tenebitur. Ex altera vero parte, si Paulus haec bona possideat ex testamento minus solenni, quod etsi irritum est in foro externo, probabiliter ratum est in foro conscientiae donec per sententiam iudicis irritum declaratur, Petrus, si haec Paulo nolente occupat, justitiam violat, et ad restitutionem tenetur. Dico Paulo *nolente*; quia Petrus juste Paulo indicare potest se actionem apud tribunalia intenturum ad haec bona exigenda, nisi is sponte ea cedat, et si Paulus ea tradat, Petrus juste accipere potest. Sed non tenetur Paulus in foro conscientiae ea tradere, donec iudicium secundum Petrum prolatum fuerit, attamen ex nostro jure, si testamentum manifesto irritum sit in foro civili, ad omnes impensas actionis solvendas damnabitur.

Suppono testatorem putasse testamentum minus solenne ratum et validum esse; quia si ipse scienter testamentum fecerit, quod in foro civili nullum et irritum esse cognoverit, hoc nullo modo testamentum dici potest, sed tantummodo ostendit defunctum de testamento condendo cogitasse, seu voluntatem habuisse testamentum condendi, quod tamen testamentum nunquam confecit. Hoc saepe apud nos, et sine dubio etiam apud alias gentes evenit. Homines quidem aliquando consilia sua de bonis et possessionibus disponendi scriptis mandant, sed bene sciunt haec scripta apud nos nisi ab ipsis et a duobus testibus subscribantur nullam vim habere. Tale testamentum sane ante ullam sententiam irritum est; quia ne ipse quidem testator voluit ut pro suo testamento haberetur, et saepe fit ut ii qui intestati moriuntur plura hujusmodi scripta quae inter se discrepant confecerint.

389. 5°. Nunc pauca addenda sunt de vi obligandi quam nostri juris praescripta in foro conscientiae habent. In hac re dis-

tinguere oportet inter testamentum quod *prima facie* ratum est in foro civili, id est inter testamentum cui nomina testatoris et duorum testium subscripta sunt, et testamentum quod manifesto irritum est in foro civili, utpote cui nomina testatoris et duorum testium subscripta non sint. Puto testamentum manifesto irritum nullam vim habere ne in foro quidem conscientiae, quia praescripta quibus observatis testamentum prima facie in foro civili ratum esse censebitur sunt simplicissima; tantum enim requiritur ut nomen testatoris in fine testamenti scriptum sit, vel ab ipso testatore vel a quovis alio, et ut hoc suum nomen esse agnoscat testator coram duobus testibus, quorum nomina etiam vel ab ipsis vel ab aliis subscribi debent. Hæc praescripta etiam manifesto ordinantur in bonum publicum et ad familias protegendas; ad hoc enim manifesto instituta sunt ut valeat testatoris vera voluntas, et ut de ea rite et certo constet, secundum illud *ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (a). Et habita ratione quam diversæ sint circumstantiæ, quoniam tam multi nunc scribere sciunt, et testamentum scribi potest aut ab ipso testatore, aut a parochio, confessario, amico, domestico, aut a quovis alio, praescripta juris nostri non multo difficiliora sunt ad observandum, quam ea quæ de testamentis in jure canonico ordinata sunt. Scriptum quidem instrumentum ex jure canonico non requiritur, quia temporibus antiquioribus non semper, neque sine incommodo adhiberi potuit; sed sacri canones duo saltem, et aliquando etiam tres testes, quorum unus sit parochus, exigunt. Sic scribit Alex. 3 ad episcopum Hostiensem (quod oppidum erat in ditione temporali SS. Pontificis) (b): “Cum esses in nostra præsentia constitutus, proposuisti talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quæ fiunt in ultima voluntate, penitus rescindantur nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanæ decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis et a generali Ecclesiæ consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*, praescriptam consuetudinem improbamus: et testamenta quæ parochiani coram presbytero suo, et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere; sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis hujusmodi audeat rescindere testamenta.” Non tamen vult pontifex definire hæc requiri et sufficere ad testamentum ratum efficiendum jure divino; ipse enim exigit præsentiam parochi, quæ certe neque ex jure

(a) Matt. xviii, 16.

(b) Caput *Cum esses* 19, de *Testam.* lib. 3, tit. 26, *Decretalium*, Greg. 9.

naturali neque ex divino requiritur; sed tantum vult dicere præscripta quæ plures exigant solennitates esse præter jus divinum, et constitutionem hanc quam in locis ditioni suæ temporali subjectis observandam tulit quadam analogia ex jure divino deducta confirmare (a).

390. Præscripta juris civilis circa testamenta quæ ad causas non pias ordinantur, a S. Alph. ex Busembaum, paucis interjectis, exscribuntur (b). Ejus fidelis interpretes P. Neyraguet (c) hæc præscripta sic exponit: “Testamentum est duplex: in scriptis seu *clausum*, et *nuncupativum*. Test. *clausum* est illud quod testator facit sive sua, sive alterius manu scriptum, et affert coram septem testibus *idoneis*, non defectuosis, non cæcis, non surdis, mutis, nec furiosis, prodigis, infantibus, religiosis, cognatis qui in testatoris voluntate sunt, fratribus, patre testatoris, herede sed non legatariis, tutoribus, et infantibus de jure: sed masculis, puberibus, liberis, ad id rogatis et vocatis; profitendo id esse suum testamentum. Quod test., si possit, manu sua subscribit, alioqui octavus pro eo testis, dein omnes et singuli septem testes eodem tempore subscribunt, si possint, per seipsos proprioque vel alieno aut communi omnes sigillo consignant. Test. *nuncupativum* est illud quod minorem solennitatem requirit, scilicet tantum, ut *septem testes idonei supradicti* convocati audiant, et intelligant testatoris voluntatem coram eis scriptam, vel voce articulata prolatam.” Hinc Roneaglia monet (d), ut “confessarius non facile suadeat test. scriptum; cum etenim ad illius valorem multæ desiderarentur solennitates, facile erit in eis errare, atque ita testatoris dispositiones facillimè a judice declarabuntur invalidæ. . . . Advertat igitur ad testamentum nuncupativum nullam exigi scripturam, et satis esse si testator coram sufficienti numero testium (id est *coram septem testibus idoneis*) exprimat suam voluntatem, præcipue instituendo determinatum hæredem, sine qua institutione, ut dictum est, omnino corrumpitur testamentum.”

391. Jamvero si hæc præscripta juris civilis attente considerentur, unde patet testamentum scriptum nonnisi difficillime sine errore juris confici potuisse et disceptationes de idoneitate testium et de verbis testatoris, ubi tot testes necessarii erant, facile oriri; libenter assentiremur opinioni Roneagliæ (e), testa-

(a) Cf. Molina disp. 123, nn. 3 et 4, Lugo disp. 22, n. 253. Haunoldus, tr. 6, n. 87 et seq. Schmalz. tit. de testam., n. 33 et seq.; Card. Gerdil de contract., t. 17, c. 6, &c.

(b) De 7^o, præcept., n. 920.

(c) p. 322.

(d) De contract., quæst. 14, cap. 1, Regulæ in praxi observandæ, 1 et 2.

(e) Ibid. quer., 3 et 4.

menta irrita ex defectu talium solennitatum, irrita habenda non esse in foro conscientiae, ante sententiam judicis; praesertim quia ut ipse ait, "licet jura removeant a praefatis testamentis obligationem civilem, non tamen constat removeere obligationem naturalem, cum non constet jure plenissime annullari quoad obligationem utrisque fori." Praescripta vero juris nostri ut testamentum prima facie ratum habeatur facile observari possunt, et ab omnibus cognoscuntur; vix enim quisquam est qui habet bona per testamentum disponenda qui nesciat testamentum prorsus irritum esse, nisi nomen suum, et nomina duorum testium ei subscribantur. Itaque testamentum his solennitatibus non servatis irritum etiam in foro conscientiae habendum esse videtur, non solum quia verba legis quae supra protulimus talia testamenta non tantum prorsus irrita declarant, et ea testamenta sensu proprio appellari posse denegant; sed insuper quia praesumendum est, vel etiam credendum testatorem tale scriptum pro suo testamento haberi noluisse. Et ita sentiunt fere omnes apud nos; quum enim moritur quis relicto testamento quod modo praedicto perfectum non est, statim dicunt defunctum voluntatem condendi testamentum habuisse, sed hanc voluntatem ad exitum non perduxisse.

392. Quicquid autem est, haec opinio parum aut nihil ad usum apud nos attinet. Testamentum enim quo de bonis et de catallis etiam immobilibus disponitur, executioni mandari non potest nisi per executorem aut per administratorem cum testamento annexo. Jamvero si sine solennitatibus praedictis conficiatur testamentum manifesto irritum est, etiam quatenus attinet ad constitutum executorem. Insuper testamentum quo de bonis et catallis disponitur probatione tribunalis modo supra exposito omnino indiget. Sed tribunal non solum probationem talis testamenti non concederet, sed et eum qui aliquem in jus tali testamento innixus vocaret, omnes litis impensas solvere cogeret. Manifestum est administratorem hujusmodi testamenti nunquam a tribunali constitutum fore. In tali casu tribunal bona et catalla defuncti eodem omnino modo respicit atqui si intestatus decessisset, et ideo administratorem constituet qui haec inter defuncti consanguineos modo supra exposito distribuere tenebitur.

Testamentum quidem quatenus ad statum immobilem attinet, neque executore, aut administratore, neque probatione indiget. Sed vix unquam de statu tantum immobili per testamentum disponitur, et ideo executore aut administratore et probatione opus est, quatenus bona et catalla complectitur. Immo si nulla foret mentio in testamento nisi de statu immobili, nihilominus administrator bonorum mobilium et catallorum constitui deberet a

tribunali, quod sane nihil ageret ante testamentum inspectum, cui si solennitates consuetæ deficerent, totum instrumentum statim irritum declararetur. Et etiamsi testamentum de statu tantum immobili disponderet et nulla quæstio de statu mobili oriretur, sane heres ad quem status perveniret si defunctus intestatus decessisset, testamentum inspicere non negligeret, et si solennitates consuetæ non adhibitæ essent, id omnino irritum esse statim cognosceret. Attamen quoniam opinio nostra non est prorsus certa, si heres aut ii ad quos bona defuncti intestati pervenirent, sive cognoscerent testamentum irritum esse, sive ex incuria et negligentia hoc ignorarent, de his bonis non inquirerent, non cogerem eos qui statum aut bona ex testamento cui desint solennitates legales bona fide possiderent, ea cedere donec ab iis exigerentur quibus ex defectu testamenti deberentur; dummodo in casu quo heres et alii quorum interesset testamentum irritum esse non cognoscerent, constaret scriptum a defuncto pro testamento suo habitum esse; et nullam fraudem intercessisse, v. g. subscribendi sine eorum consensu nomina testatoris aut testium, aut falso asserendi in testamento debitas solennitates adhibitæ esse. In primo vero casu status et bona ex consensu saltem tacito heredis, &c., retinerentur. Sed in utroque casu status et bona ad arbitrium heredis aut aliorum ad quos pervenissent si defunctus intestatus mortuus esset, retinerentur, et aut hi ipsi aut alii qui in eorum jura succederent, hæc semper exigere possent, nisi alio titulo rato et firmo possessoribus concederentur. Præterea hic casus revera nunquam evenit.

393. Quod attinet vero ad alia præscripta, quibus deficientibus testamentum irritum declarabitur, ut ex defectu verbi *devise*, aut quia testes testamentum subscripserint ex ignorantia juris in loco ubi *cæcus* testator eos videre non potuerit si cæcus non esset, aut quia unus ex testibus nomine suo subscripto ex loco decesserit antequam alius nomen suum subscripserit, et ob alias causas quas supra exposuimus, dicimus testamentum ob hos defectus irritum non esse in foro conscientiae nisi post sententiam judicis, qua prolata utique obediendum erit: “Nec obstat dicere,” ait S. Alph. (a), “sententiam judicis non obligare si nitatur legi fundatæ in falsa præsumptione fraudis, quæ non adsit; nam, præterquam quod sententia tunc nititur legi quæ fundatur in periculo generali fraudum, ut respondet Roncaglia, quisque tenetur parere judici præcipienti, semper ac ejus sententia non sit evidenter injusta, ob bonum commune pacis, ut litibus et jurgiis finis imponatur.” Ante sententiam vero præferri debet possessor

secundum ea quæ n. 387 et seq. exposuimus. Itaque si heres aut alii qui statum immobilem aut bona defuncti consequi deberent si intestatus mortuus esset, hæc possideant, ea retinere possunt, donec testamento stabilito eis per sententiam judicis priventur. Vice versa si legatarii sine vi, dolo, vel fraude possessionem status aut bonorum defuncti obtinuerint, hæc retinere possunt donec testamento irrito declarato ea aliis tradere jubeantur. Et etiamsi legatarii putant aut sciunt testamentum consuetis solennitatibus observatis ob aliquem alium defectum irritum esse, hunc eis ad quod bona et possessiones defuncti pervenissent si intestatus mortuus esset, minime manifestare tenentur. Ratio est quia minime certum est legislatorem velle ut tale testamentum irritum sit ante sententiam judicis, et nimis durum esset ut legatarius jus contra se ipse in tali dubio invocare teneretur. Quamquam enim propter tales defectus judex sententiam contra testamentum ferre teneretur, attamen nulla lege expressa declaratur testamentum ob tales defectus pleno jure irritum et nullum esse. Neque potest alterutra pars in tali casu ad occultam compensationem recurrere, sed tantummodo in judicio contra possessorem agere.

394. Fieri tamen potest ut quis obligetur in conscientia ad implendam voluntatem defuncti, etsi solennitatibus omnibus instrumentum quo continetur destitutum sit, aut etiamsi voluntas defuncti verbis tantum declaratur. Hoc tamen non oritur ex ipso testamento sed ex alia ratione. Petrus qui de suis bonis et possessionibus per testamentum disponere potest, dicit filio suo Paulo qui hæc omnia accipiet si pater ejus intestatus moriatur: nullum conficiam testamentum, ideoque omnes meas possessiones et bona ad te pervenient, sed te obligo ut certam summam ob missas pro salutē animæ meæ offerendas et ob alias causas pias eroges; et ut certa legata solvas: utique si Paulus aut expresse, aut tacite nihil contra dicendo, hanc obligationem suscipit, hæc omnia in foro conscientiae solvere tenebitur; quia si hanc obligationem Paulus suscipere recuset, Petrus potest hæc per testamentum ordinare, aut si quædam ex his legatis propter leges ex odio fidei catholicæ latas, aperte declarari non possint, novum conficere testamentum, quo hæc etiam legata in modum fideicommissi privati valide constituere potest, ut in tractatu de just. exposuimus (a). Idem utique dicendum est si Petrus scriptum instrumentum, quamvis nomine suo non subscripto, Paulo tradat, dicens se suas possessiones et bona huic relinquere, seque nullum testamentum confecturum, ea conditione ut is legata ibi contenta sol-

(a) Cf. n. 553 et seq.

vat. Si Paulus scriptum accipiat, neque declaret se legata ibi contenta non soluturum, sine dubio ea ex contractu implicito solvere tenebitur. Et idem dicendum est si Petrus per testamentum bona sua Caio leget, imposita obligatione certa legata quorum nulla mentio in testamento facta est solvendi; quia si Caius hanc obligationem suscipere recusaret, Petrus alio modo suum testamentum ordinaret, vel saltem ordinare posset, et Caius etiam tacendo obligationem suscipit, et ex contractu tacito eam adimplere tenetur. Hæc sententia probatur etiam ex declaratione S. Pœnitentiariæ: "Consultatio. Eudorius cœlibatarius, heredibus necessariis destitutus, graviter decumbens, ut animæ suæ consulat, statuit partem bonorum in pia opera erogare. Ad hanc finem, Bonifacium legatarium universalem instituit per testam. debitis vestitum formis. Scriptum autem privatum Bonifacio tradit, in quo piam manifestat voluntatem, postulatque ab ipso ut eandem fideliter exequatur. Bonifacius vero, mortuo Eudorio, hereditatem integram servat, ex eo quod testamento valido illam teneat. Postulatur, utrum in conscientia tutus esse possit? Sacra pœnitentia respondet in casu exposito: Bonifacium teneri in conscientia ad implendam voluntatem Eudorii *certe cognitam* pro foro conscientiae. Datum Romæ in S. Pœnitent. die 23, Junii 1844, c. Card Castracane, M. P., B. Fratellini, secr. S. P." (a).

Caius legatarius Julii ejus possessiones et bona accipit ex testamento minus solenni, sed recusat solvere legata, quia formulæ præscriptæ in testam. conficiendo servatæ non sunt. Manifestum est eum teneri legata solvere; quia melior esse non potest ejus conditio qui possessiones et bona accipit ex testamento informi quam illius qui ea ex testamento in quo conficiendo formulæ præscriptæ servatæ sunt, et quod ideo certo ratum et validum est. Sed in hoc posteriore casu legata solvere necesse est; ergo et in priore, nisi tamen is qui possessiones et bona accipit, timet ne si testamentum irritum declaretur omnes possessiones et bona defuncti, eis qui in ejus jura ex defectu testamenti succedent solvere cogatur; quo casu solutionem legatorum differre potest, donec moraliter certus fiat se ea aliis cedere non coactum iri. Ipsi vero legatarii hujusmodi eventum expectare in foro conscientiae non tenentur; hi enim uno anno a morte testatoris elapso, salva conscientia ab exsecutore aut administratore solutionem legatorum exigere possunt. Attamen si testamento irritato declarato, omnes possessiones et bona Julii cedere cogatur exsecutor aut

(a) Ap. Gury, de contract., in notis ad n. 840.

administrator, utique legatarii legata ab eo accepta restituere tenentur.

395. Si testator suas obligationes de eleemosynis secundum suum statum erogandis per vitam neglexerit, tenetur ex caritate et sub gravi hoc per suum testamentum reparare. Sine dubio tenetur etiam uxori suæ providere, nisi ipsa habeat bona propria sufficientia, ut decenter et secundum suum statum vivere possit; quia tenetur vir diligere uxorem suam sicut Christus dilexit Ecclesiam et seipsum tradidit pro ea (a). Similiter, nisi jam hoc fecerit, tenetur testator suis filiis providere; debent enim parentes thesaurizare filiis (b). Paterfamilias enim non tenetur ullo præscripto nostri juris prout viget in Anglia et in Hibernia (etsi in Scotia res aliter se habet), ne unum quidem nummulum relinquere uxori suæ aut liberis (c), etiamsi careant rebus etiam ad vitam necessariis. Liberi quoque ex pietate tenentur parentibus destitutis legare, si possunt, quantum sufficiat ad ea quæ ad vitam necessaria sunt comparanda, prout ipse dominus noster quantum præceptum explicat (S. Marc. 7, v. 10 et seq.). Sed obligationes mutuas viri et uxoris, parentum et liberorum in tractatu de justitia n. 466 et seq. exposuimus. Tenentur etiam testatores providere fratribus et sororibus graviter indigentibus; "et hoc," ait S. Alph. de 7º. præcep., n. 946, "non tantum ex generali præcepto caritatis, sed ex obligatione speciali pietatis . . . propter quam certum est, læsionem in fratribus habere specialem malitiam in confessione explicandam. . . . Eadem ergo obligatio quæ urget in vita urget etiam in morte. . . . Erga alios consanguineos remotiores non videtur adesse gravem obligationem ipsos præferendi aliis pauperibus . . . sed saltem aggravat culpam, esto speciem non mutet, ideo puto non excusari a veniali præteritionem ipsorum, si graviter indigeant, cum erga ipsos adsit aliqua obligatio pietatis."

§ 3º. De commodatis et precariis, de depositis et sequestris, et de mandato.

396. *Commodatum est contractus quo usus rei ad certum tempus gratis conceditur commodatario, cum onere ipsam rem tempore elapso commodanti reddendi. Precarium est contractus quo rei usus ad arbitrium concedentis revocabilis gratis alicui conceditur. Non differt precarium a commodato nisi quod in hoc usus ad*

(a) Ep. ad Ephes., v., 25.

(b) 2 Cor. xii., 14.

(c) Ex errore vulgo creditur necesse esse relinquere heredi unum schelingum ad eum excludendum.

certum tempus conceditur, in illo vero res est ad arbitrium concedentis revocabilis. Hi contractus sunt gratuiti, quia usus rei gratis conceditur; sed sunt bilaterales, quia mutuæ obligationes ex eis exsurgunt. Obligationes commodantis et concedentis ex jure naturali et municip. sunt; 1°. ut aperiatur defectus rei, si quos habeat, in ordine ad usum in quem concessa est, si ipse dominus hos cognoverit; et si hoc non fecerit, omnia damna quæ alter in usu rei subierit reparare cogetur. 2°. Ut ne quid exigit pro detrimento quod res ex legitimo usu acceperit [*wear and tear*], et si hoc exegerit, alter id solvere in neutro foro tenebitur. 3°. Ut seclusa mora, culpa, aut pacto speciali, periculum rei sustineat; nam in hoc etiam contractu, si res perit ex casu fortuito, *perit domino*. 4°. Ut in commodato rem ante tempus præfixum ne repetat, nisi explicite vel tacite convenerit ut quodam casu eveniente hoc facere possit.

Obligationes ex parte accipientis sunt 1°. ut re utatur tanquam bonus paterfamilias; namque quoniam contractus est in ipsius solius utilitatem, tenetur ad restitutionem etiam ex culpa levi, ut postea de restitutione debita ex violatione contractus exponetur. 2°. Ut re ne utatur nisi in usum sibi aut expresse aut tacite concessum. Usus autem necessarius ad finem attingendum ob quem rem petit accipiens, vel in quem ex natura sua destinatur, ei tacite concedi censetur. Sic quum Caius qui equum suum Julio vendere voluit, huic permisit ut equum auferret, et experiendo probaret utrum aptus esset ad equitationem necne, declaratum est Julium jus habuisse ut equum traderet Sylvio hujus rei perito, ut is experiendo cognosceret qualis equus esset. Sed quum Petrus equum Paulo ad equitandum commodasset, declaratum est Paulum hunc equum famulo suo Julio ad equitandum concedere non posse (a). 3°. Tenetur accipiens impensas facere necessarias quas bonus paterfamilias subisset ad rem bene conservandam, v. g. equum commode alere, et curare; sed non tenetur ad expensas extraordinarias faciendas. Hinc si equus sine ejus culpa gravi morbo afficiatur, debet quidem possessor veterinarium adhibere ad eum curandum, sed dominus equi has impensas solvere tenetur. 4°. Tenetur commodatarius propriis impensis rem commodanti tempore statuto reddere; et is qui rem in modum precarii possidet, eam reddere quando id postulaverit dominus, aut expleto usu in quem concessa est.

397. *Depositum est contractus quo res alicui custodienda conceditur, ab eoque accipitur cum obligatione eam gratis custodiendi, iterumque deponenti reddendi quandocumque eam exegerit. Hic*

(a) Cf. Chitty, p. 436.

contractus est gratuitus et bilateralis. Obligationes deponentis sunt, 1°. ut aperiat vitia rei depositæ ipsi cognita sint. Hinc si deponit animal quod morbo aliquo afficitur, aut quod contumax est aut alio vitio laborat, hæc aperire tenetur; aliter damna quæ inde eveniunt reparare tenebitur. 2°. Tenetur omnes impensas quas depositarius fecerit in re conservanda solvere, quia contractus in ipsius solius commodum tendit.

Obligationes depositarii sunt; 1°. Ut res deposita ex ejus negligentia gravi ne pereat æque detrimentum patiatur; quia quoniam hic contractus in solius deponentis commodum tendit, ad restitutionem non tenetur depositarius nisi ex negligentia gravi (a). Si vero ipse depositarius sponte et officiosa sedulitate recipiat ut rem pro alio conservet, damna quæ ex negligentia ordinaria evenierint reparare tenebitur. Hoc a fortiore dicendum est si rem conservandam suscipiat propter mercedem aut ob officium ex quo pretium recipit; sed tunc contractus non erit depositi sed onerosus, ex quo uterque contrahens commodum percipit. Et si solus accipiens commodum ex contractu accipit, contractus quidem erit gratuitus, sed non erit depositum, sed commodatum aut precarium, in quo accipiens damna quæ ex culpa levi eveniunt reparare tenetur. 2°. Tenetur re non uti sine consensu expresso aut tacito domini; et si re utatur sine consensu domini, tenetur omnia damna quæ res inde patitur reparare. Sed si ei re uti permittitur proprium suum commodum, non est simplex depositarius, et nostro saltem jure tenetur reparare damna quæ ex ipsius ordinaria negligentia eveniunt. 3°. Nisi aliqua causa justa et rationabilis excuset, tenetur rem reddere domino statim atque eam petiti. Sed depositarius non tenetur ensem reddere

(a) *Depositum* being a naked bailment, without reward, of goods to be kept by the bailee (depositarius), such bailee is liable only from gross negligence. But he becomes liable from ordinary neglect if he *spontaneously* and *officiously* propose to keep the goods: or if he *change* his character of bailee, by taking charge of the goods in consequence of *any reward or lucrative contract*. Where the bailee alone receives a benefit from the deposit, he is liable for slight negligence. Sed tunc contractus non est depositi ut in textu diximus.

Quoniam materia de restitutione ob negligentiam debita ad tractatum de restitutione pertinet, attamen quoniam theologi et jurisperiti eodem gradus negligentiae diversis nominibus appellant, et quoniam nos nominibus in jure nostro usurpatis utimur, non inutile erit hæc Anglice exscribere. "*Ordinary neglect* is the omission of that care which every man of common prudence, and capable of governing a family, takes of his own concerns; *gross neglect* is the want of that care which every man of common sense, how inattentive soever, takes of his own property; *slight neglect* is the omission of that diligence which very circumspect and thoughtful persons use in securing their own goods and chattels." Sir W. Jones on Bailment, 118, 119, ap. Step. vol. 2, p. 81, n., cf. etiam Chitty, p. 433.

furioso, nec pecuniam ebrio, neque aliud depositum quo prævidet deponentem abusurum esse ad seipsum lædendum aut ad damnum injustum alteri inferendum. Non raro potest depositarius rem retinere donec ipse solutionem debiti a deponente acceperit; sed tunc res non detinetur ut merum depositum, sed ut pignus; et ideo depositarius de damnis quæ ex ejus ordinaria negligentia sequuntur ad restitutionem tenetur. 4°. Tenetur fructus rei, deductis impensis, restituere.

Sequestrum est species depositi quo res de cujus dominio controversia movetur apud tertium deponitur, ut post sententiam judicis aut arbitri vincenti tradatur. Hic contractus hoc nomine in jure nostro non invenitur. Sed nihil obstat ne bona de quorum dominio disputatur apud aliquem tertium deponantur, donec controversia aut consensu partium aut sententia arbitri aut judicis dirimatur. Quod attinet ad regulas servandas inter deponentes et depositarium, eædem sunt quas jam exposuimus.

398. *Mandatum* [*an agreement*] prout hic accipitur, est contractus quo quis aliquid alteri gratuito agendum committit, a quo suscipitur. Plura de hac materia supra nn. 286 et 287 exposuimus, et ideo hic pauca tantum addenda sunt. Hic contractus ex præscripto nostri juris est omnino gratuitus, et ideo mandatarius non nisi ad levem diligentiam obligatur et ad restitutionem nisi ex negligentia crassa non tenetur. Sic homo quidam qui vehiculum agitabat [*a stage coachman*], quasdam res gratis asportandas accepit; quibus deperditis, et actione ei intenta ad reparationem damni exigendam, declaratum est eum damnum reparare cogi non posse, nisi crassæ negligentia reum fuisse probaretur. Caius mercator sponte et sine mercede suscepit ut scripta ex jure necessaria de mercibus quas Julius exportare voluit, apud telonium traderet [*to enter at the custom-house for exportation a parcel of goods of Julius*], simul cum ejusmodi scriptis de mercibus propriis ejusdem generis, quas ipse exportare voluit. Negotium tam negligenter gessit Caius ut merces tum Julii tum ipsius Caii ab exactoribus portorii arreptæ sint. Actione Caio intenta declaratum est eum ad damnum Julii reparandum cogi non posse, quia bona fide egisset, eandemque curam impendisset de mercibus Julii atque de suis propriis, eumque neque mercedem accepisse, neque ullam artem exercuisse, unde inferri liceret peritum esse debere in negotio quod susceperat. Aliter vero res se habet quando is qui negotium suscipit ex sua arte in hoc negotio peritus esse debet. Itaque si Caius fuisset procurator ad negotia navium gerenda dum in portu essent [*a ship-broker*], aut unus ex telonii ministris [*a clerk in the custom-house*], negligentia supra dicta crassa haberetur, et ideo damnum Julii reparare coactus

fuisset; quanquam enim ad damna reparanda cogi non potest, quæ sequuntur ex eo quod negotium gratis susceptum *non* perfecit, cogi tamen potest ad ea reparanda quæ ex eo sequuntur quod *male* perfecit, ut sup., n. 286 exposuimus. Quum Caius gratis suscipit ut equitando ostendat qualis sit equus quem Julius vendere velit, tenetur eam adhibere, peritiam quam habet; et si probetur eum equitandi peritum esse, ad damna reparanda ex eadem culpa ac commodatarius tenebitur. Item vector mercium qui merces in suum horreum [*warehouse*] recipit, ad eas mercede transvehendas, quando hoc facere jubebitur, gratis eas recipere non censetur, etiamsi nullam mercedem pro conservandis mercibus in horreo recepturus est. Insuper mandatario fines mandati excedere non licet, et ideo pluris emere, vel minoris vendere nequit quam ei præscriptum est, neque operam suam, etiam jure naturali spectato, occulte compensare, neque lucrum retinere si ultra pretium præscriptum vendat aut infra id emat, nisi hoc ei ab auctore suo permissum sit, aut nisi fiat ratione industriæ et laboris qui, habita ipsius mandati ratione, nullo modo debebatur, et ex quo lucrum perceptum est. Sed de hac re plura dicentur ubi de venditione et emptione agemus.

Mandans tenetur obligationes a mandatario in executione mandati contractas adimplere, et ei impensas solvere quas in mandato exsequendo fecerit.

DISPUTATIO NONA.

DE MUTUO ET USURA.

§ 1^o De mutuo.

399. Nomen *mutui*, quoad attinet ad contractum de quo nunc agendum est, apud veteres jurisperitos ex eo deducitur quod aliquid *ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat* (a). Et quia mutuarius dominium rei accipit, eamque distrahere potest, unde non eandem ipsam rem sed aliam ejusdem generis reddere tenetur, *mutuum* significat *reciprocationem* quæ in hoc contractu invenitur. Quicquid dicetur de hac origine vocis, quod attinet ad rem ipsam quæ mutuo significatur definiri potest: *Contractus quo res, quæ aut primo usu proprio et in quem principaliter ordinata est consumitur, aut quæ ad commutationes faciendas præcipue instituta est, in alterius dominium traditur, sub obligatione rem similem in eadem specie et bonitate, aut saltem ejusdem valoris, debito tempore reddendi. . . .* Itaque materia hujus contractus est res *primo usu consumptibilis*, aut ad commutationes faciendas instituta. Sciendum igitur est quasdam esse res quibus si quis utatur eo modo quo Deus eas præcipue et primario utendas dedit, primo hujusmodi usu consumerentur, ita ut simili usui nunquam iterum inservire possint, ut in tract. de just. nn. 539 et 540 exposuimus. Sic panis, caro, ova, frumentum, lac, vinum, thea, coffea, et alia quæ primario et præcipue ad vitam sustentandam destinantur, sunt primo usu consumptibilia. Non dico ea semper primo usu consumi; nam notum est omnibus harum rerum quotidie fieri magnam mercaturam, et de eis contractus innumeros confici, neque eas hujusmodi usu consumi, quia in usum *consumptionis* non traduntur. Possunt de hujusmodi rebus confici contractus depositi, vel pignoris, in quibus dominium non transfertur, et accipiens depositum aut pignus id ipsum restituere tenetur. Possunt abalienari per donationem aut venditionem, et tunc dominium transfertur, et, nisi venditio fit

(a) Instit. 3. 14.

pecuniâ non numeratâ, quod est extra rem præsentem, nulla ex alterutra parte fit obligatio. Aliæ res quæ in contractum deduci possunt nonnisi usu diuturno consumuntur, ut domus, liber, vestis, equus, supellex, instrumenta quæ usibus humanis inserviunt.

Præcipuum discrimen inter res quæ primo usu proprio et res quæ nonnisi usu proprio diuturno consumuntur, hæc est, quod in prioribus usus juris seu jus eis utendi in usum ad quem primario et præcipue destinatae sunt, ab earum dominio separari non potest. Si quis enim jus habet certas carnes manducandi aut certum vinum bibendi, manifestum est eum dominium harum rerum habere, quia eis hoc modo uti nequit, quin res ipsas consumat (a). Ubi vero agitur de rebus quæ usu primo proprio non consumuntur, usus a dominio non solum separari potest, sed contractus in quibus hæc separatio fit quotidie, conficiuntur. Sic usus domus, equi, &c., quotidie conceditur, dominio permanente apud eum qui hunc usum concedit. Secundum discrimen est quod res primo usu consumptibiles, sunt etiam, ut aiunt theologi *fungibiles*, id est ejusmodi ut ex sua natura usum promiscuum habeant, et non per corpora individua sed numero, pondere, mensura, pretio computentur; unde una vice alterius, si est ejusdem speciei, bonitatis, ponderis, &c., perfecte fungitur. Sic unus panis vice alterius ejusdem ponderis et bonitatis perfecte fungitur, et pro eo sine injuria substitui potest. Hoc autem non tam facile fieri potest in rebus quæ primo usu non consumuntur; quia in his potius, secundum usum communem, spectantur corpora individua quam numerus, pondus, aut mensura; sic dici nequit secundum communem usum, domum, vel equum vice alterius domus vel equi fungi, aut pro eo sine incommodo aut injustitia substitui posse. Attamen quædam res quæ non sunt primo usu consumptibiles possunt esse fungibiles. Sic si, ut non raro fit, unus bibliopola ab alio petat decem exemplaria alicujus libri, eo pacto ut totidem ejusdem libri exemplaria postea reddat, exemplaria illa vere sunt fungibilia, quamquam primo usu non consumuntur; et idem videtur dicendum si quis accipiat equum aut bovem ab aliquo cum obligatione non eundem sed alium similem ejusdem generis restituendi.

400. Itaque duo hic inquirenda sunt, 1^o. utrum res quæ non sunt primo usu consumptibiles possint esse materia mutui proprie dicti; 2^m. utrum in mutuo proprie dicto res seu materia non solum debeat esse primo usu consumptibilis, sed insuper in talem usum tradi, necesse sit? Quod attinet ad priorem quæstionem, docet Molina (b) quando jura hoc requirant, id intelligendum

(a) Cf. Tract. de Just. nn. 539, 540.

(b) Tom. 2, disp. 299, n. 3.

esse regulariter, atque ad discernendum num contractus sit mutui, an commodati, quum id possit esse dubium: quando enim res datur ut statim fiat accipientis, et ut restituatur postea alia ejusdem generis, mutuum est, etsi id quod datur non sit primo usu consumptibile, ut si quis petat bovem aut arietem ab amico restiturus ei postea alium similem. Unde affirmat ligna vel lapides ad construendam domum acceptos, et aurum vel argentum ad vasa conficienda, posse materiam esse mutui. Lugo asserit (a) quæstionem esse de nomine, “quia tota substantia mutui vere intervenit licet deficiat ex parte materiæ accidens illud; quod tamen in rigore non deesse videtur, cum aurum et argentum pondere constet, quod reddendum est; lapides item et ligna constant mensura magnitudinis, boves et oves numero et mensura; quare sicut unum ovum potest mutuo accipi, cur non etiam ovis una?” Sed hæc opinio est nova et singularis, neque ullum auctorem pro ea adducit Molina (b). Juris civilis interpretes post Justinianum (c) communissime docent materiam hujus contractus constare debere ex rebus quæ *ex sua natura* inter se commutari possunt, et *usu primo proprio et naturali* consumuntur. Theologi etiam post S. Thom. eandem doctrinam amplectuntur. S. Thom. quidem ipsam essentiam mutui in hoc reponit, quod versatur in rebus quarum dominium ab earum usu proprio et naturali separari nequit. “Sciendum est,” ait (d), “quod quædam res sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio; sicut vinum consumimus, eo utendo ad potum, et triticum consumimus eo utendo ad cibum. Unde in talibus non debet seorsim computari usus rei a re ipsa; sed cuicumque conceditur usus, ex hoc ipso conceditur res; et propter hoc in talibus per mutuum transfertur dominium. Si quis ergo seorsum vellet vendere vinum, et vellet seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis, vel venderet id quod non est; unde manifeste per injustitiam peccaret. Et simili ratione injustitiam committit qui mutuat vinum aut triticum, petens sibi dari duas compensationes, unam quidem restitutionem æqualis, aliam vero pretium usus, quod *usura* dicitur. Quædam vero sunt quorum usus non est ipsa rei consumptio; sicut usus domus est inhabitatio non vero dissipatio. Et ideo in talibus seorsum potest utrumque concedi, puta cum aliquis tradit alteri dominium domus, reservato sibi usu ad aliquod tempus; vel e converso cum quis concedit alicui usum domus, reservato

(a) De contract. Disp. 25, n. 1.

(b) Tres alios adducit Haunoldus tract. 9, n. 313.

(c) Instit. 3, 15.

(d) 2. 2., Q. 78, a. 1, in corp.

sibi ejus dominio. Et propter hoc licite potest homo accipere pretium pro usu domus, et præter hoc repetere domum accommodatam, sicut patet in conductione et locatione domus."

"Ratio," ait Haunoldus (a), "quare in illis rebus quæ in numero, pondere, et mensura consistunt, possit mutuum constitui, est hæc, quia eæ res tales sunt, ut quando aliud ejusdem generis et bonitatis redditur, in *æstimatione prudenti hominum censeatur idem recepisse quod dedit mutuans*, et ideo dicitur unum fungi vice alterius. Quod etsi quandoque per accidens possit in aliis rebus contingere, hoc tamen non est *per se, et ex rerum natura, sed ex specialibus circumstantiis*, et *æstimatione singulari* creditoris, qui si nollet, non posset carpi, v.g. si nollet accipere oleum ejusdem valoris pro vino, etiam tunc quando æque indiget oleo vel vino, sicut carpi merito posset, si pro vino dato offeretur vinum ejusdem naturæ et bonitatis, et nulla esset differentia nisi individualis."

401. Attamen quoniam omnes admittunt pecuniam esse materiam mutui proprie dicti, ideo dicunt necesse non esse ut res sit *physice*, sed tantum *moraliter* primo usu consumptibilis, quo nihil aliud significant quam necessarium esse ut res mutuata in dominium mutuatarii tradatur, ita ut de ea arbitrio suo disponere possit. "Pecuniam autem," ait S. Thom. loc. cit., "principaliter est inventa *ad commutationes faciendas*, et ita proprius et principalis usus pecuniæ est ipsius *consumptio*, sive *distractio*, secundum quod *in commutationes* expenditur." Item dicit Justinianus (b): "Mutui datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat." Unde mutuum a Lessio definitur (c): "Traditio rei, numero, pondere, vel mensura constantis, facta eo animo, ut statim fiat accipientis, cum obligatione ut similis *specie* et bonitate restituatur." Et in exponenda definitione addit (d): "Non dico *usu consumptibilis*, quia si tibi mutuem *libram æris vel argenti*, est verum mutuum; ut patet ex locis citatis; non tamen rei istius usus est *consumptio*. Unde

(a) Tract. 9, de jure et just., n. 312.

(b) Just. 3. 15.

(c) De Just. et Jure. lib. 2, c. 20, n. 3.

(d) Ibid. n. 4. Conferri etiam possunt Layman de Just. lib. 3, tr. 4, c. 15, n. 1, et seq. Salmant. de contract., c. 3, n. 1 et seq., &c.

non est verum quod ait Navarrus, cap. 17, n. 206, mutuum reperiri in solis rebus quæ usu consumuntur; etsi verum sit, ut plurimum in his reperiri. Dicuntur autem *usu consumi*, quarum usus est *consumptio*; (ut oleum, vinum) vel *alienatio* (ut pecunia). Hæ res dicuntur a jurisperitis *accipere functionem*, quia una potest fungi vice alterius, ut frumentum, frumenti; pecunia, pecuniæ; ut colligitur ex eadem lege. Similiter non est proprie mutuum, si quis alteri det ovem vel bovem, quia hæc non constant pondere, numero vel mensura, unde etiam non solemus dicere: mutua mihi unam ovem, sed potius est contractus innominatus: Dabo ut des." Sed hic auctor, sicut et alii fere omnes, excepto S. Thom., rem ex præscriptis juris civilis definit. Spectato vero solo jure naturali nos putamus materiam mutui necessario debere esse aut rem quæ primo usu proprio et in quem principaliter ordinata est consumitur, aut quæ ex usu et consuetudine commutabilis est, ita ut pro alia ejusdem naturæ sine injuria et incommodo commutari possit, et quæ ideo rationem pecuniæ habet; si enim res ex communi usu et consuetudine commutari nequunt sine injuria et incommodo, sed tantum ex specialibus circumstantiis, et voluntate singulari contrahentium, hic contractus non erit mutui, sed alius innominatus, ut *do ut des*. Hinc patet quid dicendum sit de contractu quo Petrus mutuatur libram auri, argenti, vel æris a Paulo cum obligatione tantundem metalli ejusdem speciei iterum reddendi; si enim mos sit in loco ubi contractus initur metallum pro metallo commutandi, et ut accipiens id impendat in rebus aliis, præsertim in eis quæ ad vitam victumque necessariæ sunt, comparandis, est verum mutuum; si vero mos prædictus non vigeat in eo loco, et accipiens secundum usum ibi vigentem non utatur metallo ad alias res comparandas, sed v. g. ad vasa aliaque utensilia conficienda, ex quo contractu tantundem metalli ejusdem speciei et bonitatis postea reddere tenetur, non est mutuum, sed contractus innominatus *do ut des*, aut quoddam aliud genus commutationis.

Itaque tenemus materiam mutui necessario esse debere aut res primo usu consumptibiles, aut pecuniam, aut rem aliquam quæ ad commutationes faciendas ex usu alicujus loci *principaliter inventa est*. Et hanc doctrinam expresse tradit S. Thom., ut ex locis supra adductis liquet. Probatur etiam hæc sententia ex communi consensu hominum, quia contractum mutui confici non intelligunt nisi quando pactum aut circa res primo usu proprio consumptibiles, aut circa pecuniam versetur. Quamquam enim pacta aliquando conficiuntur de aliis rebus, ea conditione ut res ejusdem speciei et bonitatis postea reddantur, v. g. de certo numero exemplarium alicujus libri, attamen hi contractus non pro

mutuo stricte dicto, sed pro simplici commutatione, id est, ut loquuntur theologi, pro contractu innominato habentur. Ratio autem a priore hæc est, quod secundum omnes theologos in mutuo stricte dicto dominium ipsius rei quæ est materia mutui necessario a mutuante in mutuatarium transfertur, cum obligatione aliam rem ejusdem speciei postea reddendi. Quando enim materia est primo usu consumptibilis, ut panis, vinum, tradi non potest in usum suum proprium et primarium, id est, ad manducandum aut bibendum, nisi dominium transferatur; quia ipsa res per usum necessario consumitur. Pecunia vero, quæ inventa est ad commutationes faciendas, huic usui inservire nequit nisi in dominium mutuatarii tradatur, ut infra demonstrabitur. Et ex omnium consensu nisi res postea reddenda est ejusdem speciei et bonitatis non erit mutuum sed donatio, aut vendito, aut alius contractus. Jamvero libri principaliter non ordinantur ad usum consumptionis, ut patet, neque ad commutationes faciendas; is enim qui certum numerum exemplarium alicujus libri accipit cum obligatione totidem postea reddendi, ea non accipit ad commutationes faciendas, sed ut donentur aut, ut fere semper accidit, ut vendantur. Quoniam contractus mutui nunc præcipue in pecunia versatur, operæ pretium erit hujus originem et naturam paulo diligentius investigare.

402. Ab ipsa fere humanæ societatis origine necesse erat ut homines commutationes inter se facerent. Ex ipsis primorum parentum liberis unus erat agricola, alter pastor ovium; et veri simillimum est commutationes frumenti et lanæ inter eorum familias intercessisse. Apud gentes valde rudes atque incultas et pauperes, unaquæque familia propriam domum ædificat, vestimenta, suppellectilem, &c., conficit, et res ad vitam necessarias proprio labore comparare nititur. Sed in hujusmodi societate, ubi nullus est coriarius, nullus sutor, nullos sartor, nullus molitor, nullus qui artificio alicui speciali operam dat, ea omnia quibus maxime indigent homines inseite et cum maximo laboris dispendio conficiuntur. Unde cito factum est apud gentes excultas ut alii aliis artibus totos se dederent. Sed res ad vitam necessarias nondum sine magno incommodo homines comparare potuerunt. Sutor egebat v. g. pane, sed nihil habebat quod pro eo commutaret nisi calceamenta quibus pistor tunc non egebat, et idem sartori, fabri, &c., eveniebat. Quod incommodum ut evitaretur, necesse erat ut aliqua res inveniretur pro qua molitor farinam, sartor vestimenta, pistor panem, &c., commutaret. Fertur pecora in temporibus rudioribus ad commutationes faciendas adhibita esse. Res quidem æstimatæ sunt ex numero pecorum quæ pro eis dabantur: sic arma Diomedis novem bovis, Glauci

vero centum valere dicebantur (a). Et ex eo quod hominis aliqujus divitiæ ex numero *pecorum* ejus æstimatæ sunt, nomen *pecuniæ* ductum est. Sed manifestum est quam incommodus fuerit hic modus commutationes faciendi; quia res parvi pretii in parva quantitate obtineri non potuit, v. g. unus panis, aut paululum salis; sed qui his indigebat tantum accipere debebat quantum unius ovis aut bovis pretio compensabatur. Ad hoc incommodum evitandum aliæ res inventæ sunt; et etiam hodie res satis diversæ usui commutationis inserviunt. In quibusdam partibus Indiæ orientalis et Africæ, indigenæ utuntur ad commutationes faciendas parvis conchis quæ *cowries* dicuntur; in aliis locis parvulis panni partibus, quas nunquam gerunt in modum vestium sed pro rebus quibus indigent commutant. Sed metalla ad hunc usum commutationes faciendi maxime idonea sunt, quia non tam caduca nec fragilia sunt quam pleræque aliæ res, et dividi possunt sine injuria aut damno in partes minutas, et iterum conjungi; unde factum est ut omnes gentes excultæ eis usæ sint. Ferro utebantur Lacedæmonii, ære Romani antiquiores; sed a multis seculis omnes gentes excultæ aurum et argentum præcipue in hunc usum adhibent. Quum primum homines metalla in hunc usum adhibebant, non eis formâ signatis sed rudi pondere usi sunt. Ex auctoritate Timæi antiqui historici narrat Plinius Romanos ære non signato sed rudi pondere usos esse. “Servius,” ait (b), “ovium boumque effigie primus æs signavit.” Sed nummos æneos Servii crasse signatos esse vix in dubium revocari potest. Secundum eundem auctorem: “Populus Romanus ne argento quidem signato ante Pyrrhum regem devictum (id est quinquennio ante initum primum Carthaginense bellum) usus est;” dum usus cudendæ aureæ pecuniæ nonnisi post sexaginta duos annos invaluit. Sed etiam metallum rudi pondere res erat valde incommoda ad commutationes faciendas; quia tum quantitas tum qualitas in omni contractu examinanda erat, quod valde difficile factu erat in auro, argento, aliisque rebus pretiosis, in quibus ex errore vel parvo magnum damnum sequeretur. Ad hæc incommoda evitanda usus apud omnes gentes excultas jam a longo tempore invaluit nummos signandi, ita ut tum de bonitate tum de pondere metalli constaret. Hoc negotium quod Anglice *assaying* et *weighing* appellatur apud monetam (c) [*the mint*] perficitur.

(a) Hom. Iliad. lib. 6, lin. 232 et seq., ubi Glaucus arma sua aurea centum bovis valentia pro æneis Diomedis quæ novem bovis valebant permittasse narratur.

(b) Lib. 8, c. 3.

(c) Hoc est cognomen Junonis, in cujus templo Romæ nummi primo signati sunt apud Romanos,

Discimus ex literis divinis argentum præsertim adhibitum esse ad commutationes faciendas ex antiquissimis temporibus. Sic Abraham, Sara mortua, dicit Ephron (a): “Dabo *pecuniam* pro agro: suscipe eam, et sic sepeliam mortuum meum in eo. Responditque Ephron: Domini mi, audi me: Terra quam postulas, quadrigentis *siclis argenti* valet: istud est pretium inter me et te, Quod cum audisset Abraham, *appendit pecuniam*, quam Ephron postulaverat, audientibus filiis Heth, quadringentos *siclos argenti probatæ monetæ publicæ*.” Verba illa vulgatæ translationis videntur innuere usum argenti signati tempore Abrahami obtinuisse. Sed secundum verba Hebraica non dicitur *appendisse pecuniam* sed *argentum*, quod clare non nummos signatos, sed metallum ad certum pondus examinatum designat. Deinde loco istorum verborum *probatæ monetæ publicæ* verba hebraica ad literam reddi debent: *argenti transeuntis ad mercatores*, seu ut habent *septuaginta: argenti probati mercatoribus*, id est *appendit Abraham quadringentos siclos argenti illius ponderis et qualitatis quæ a mercatoribus probata est*. Siclus enim (Hebraice *Shekel*) tunc nihil aliud nisi certum pondus significasse videtur, sed postea certam pecuniam signatam designabat. Sed hanc rem longius persequi ad nostrum institutum non pertinet (b).

403. Sed duo hic sedulo notanda sunt; 1^m. metalla eis formis atque ponderibus quibus signantur remque pecuniariam constituent, *nullum alium habere usum nisi ad commutationes faciendas*. Aurum ex quo apud nos pecunia probata præcipue constat, nonnisi duabus formis cuditur quarum una decem, altera viginti schelingis valet. Sed singulæ hujusmodi formæ tam parvam continent quantitatem ut alii usui præterquam ad commutationes faciendas vix inservire possint. Iterum quidem conjungi possunt et deinde ad alios usus converti, sed non amplius monetæ locum habent. Idem etiam dicendum est de formis quibus argentum et æs signantur. Aurum, argentum, et æs signatum vix in ullum alium usum adhibentur nisi ad commutationes faciendas. Nemo potest aurum signatum manducare nec bibere, nec eo ad modum vestimentorum uti, neque eo in itinere vehi, nec vasa aut ornamenta ex eo conficere, nisi liquefacto, quum moneta esse desinit. Si quis in desertam insulam solo auro abundantem projiceretur, cito fame et miseriis periret. Hoc apprime illustratur fabula quæ de Mida rege narratur. Hic voti compos factus est ut quicquid tangeret in aurum converteretur; sed cito suam stultitiam cog-

(a) Genes. c. 23, v. 15 et seq.

(b) Cf. de hac re Calmet. dissert. in Genesin, de vetustate monetæ signatæ; et Madden's History of Jewish Coinage, London, 1865.

novit, quia cibus et potus statim atque labia ejus tetigerunt in aurum versi sunt, unde cito fame et site periisset, nisi re tam stulte optata liberatus esset.

404. Hoc præcipue verum est quum de contractu mutui agitur; quanquam enim quis pecuniam petere potest ob aliam causam v. g. ad ostentationem, re vera tamen nemo pecuniam mutuatur nisi ut ea ad commutationes faciendas utatur. Hinc omnes fere scriptores qui de hac materia tractarunt docent dominium rei mutuatae necessario in mutuatarium transferri. De defensoribus usurarum sic habet Benedict. XIV. (a): "Eandem pravam opinionem amplexatus, alia ratione defendit Claudius Salmasius in duplici tractatu, altero inscripto de Usuris; altero, de trapezitico Fœnore; quibus in locis usuram, nisi charitatem lædat, ab omni culpa absolvit, eo quod sit *merces locata pecuniæ*. Verum, quanquam plurimi heterodoxi, Calvini, Molinei, Salmasii systemate stabiliendo allaboraverint, . . . rationem tamen quam eam Salmasius tutatus est, fere omnes repellerunt, recte arbitran-tes mutuatae pecuniæ dominium transferri in mutuatarium, ac propterea non posse mutuum locationi ullo pacto comparari." Vir quidem celebris marchio Maffei Veronensis post Brøedersen (b) distinguit inter rem ipsam mutuam et illius valorem, et contendit dominium rei tantum transferri in mutuatarium, dominium vero valoris apud mutuante[m] permanere (c). Eandem sententiam amplectitur Cardinalis La Luzerne (d) in opere suo, quod tamen typis mandatum et vulgatum non est nisi biennio post mortem auctoris; et item Mastrofini (e). Hic ultimus auctor se aliquid novi invenisse putat, sed re vera solis vocabulis ab aliis discrepat. Is rem ipsam mutuam datam *individuum ontologicum*, et ejus valorem *individuum valoris* appellat. Contendit veram materiam mutui esse individuum valoris, quod in mutuis non transfertur, sed apud mutuante[m] manet. Sed manifestum est hanc sententiam ab altera nisi his nominibus barbaris non discrepare. Tota quæstio est utrum in pecuniis mutuis quæ mercatoribus dantur non tantum dominium rei pecuniariæ physice sumptæ sed etiam ejus valoris in mutuatarium transferatur necne? Certum omnino est in mutuo dominium tum ipsius rei tum ejus valoris in mutuatarium transferri. Potest quidem pecunia alteri tradi vel

(a) De Synodo lib. 10, c. 4, n. 2.

(b) De hoc auctore ejusque opere de usuris licitis et illicitis cf. *Carriere de Contract*. tom. 3, p. 270 in notis.

(c) Opus Maffei cujus titulus est; *Dell' impiego del Danaro*, primo vulgatum est Veronæ, A. D. 1744.

(d) *Dissertations sur le prêt de commerce*. Dijon, 1823.

(e) *Le usure*, libri tre, discussione dell' Abate Marco Mastrofini. Romæ, 1831.

ad ostentationem, vel custodienda, vel in pignus, &c., dominio non translato; sed tunc contractus non est mutui, sed vel commodati, vel depositi, vel pignoris. Sed in mutuo dominium ipsius rei pecuniariae transferri manifestum est, quia mutuatarius eam accipit ad res alias comparandas, sed sane nemo res suas pro pecunia commutaret nisi ejus dominium acciperet. Et idem manifestum est de dominio valoris. Petrus v.g. mille libras mutuatur a Paulo ad merces comparandas. Pergit Petrus ad Caium hancque pecuniam ei pro certis mercibus tradit. Caius pecuniam sic acquisitam mutuam dat Julio, qui eam impendit in fundo emendo a Sylvio. Secundum auctores citatos Caius accipit pro suis mercibus species tantum physicas, non autem earum valorem, et Sylvius fundum suum vendidit pro speciebus physicis, quarum tamen valorem non accepit. Sed quis non videt hanc sententiam esse absurdam et contra communem omnium sensum? Iterum Jacobus vendit equum Joanni pecunia non praesenti. Joannes aequè est debitor Jacobi atqui si hanc pecuniam ab eo mutuatus esset; et tamen Jacobus ex communi sensu omnium hominum neque dominium pecuniae Julii, neque ejus valoris accipit. Sane Paulus et Caius qui pecuniam Petro et Julio mutuam dederunt, et Jacobus qui equum suum pecunia non praesenti vendidit Joanni, dominium alicujus rei vice pecuniae mutuatae, et equi venditi acceperunt, nempe juris incorporalis ad valorem *aequalem* valori pecuniae mutuatae et ad pretium equi debito tempore accipiendum, ut in tractatu de justitia n. 139 exposuimus. Possunt igitur de hoc jure in proprium suum commodum disponere. Sed non retinent dominium aut ipsarum specierum physicarum aut aestimationis seu valoris quem habent, ut res aliae pro eis commutentur. Quia species physicae in se et propter se spectatae vix ullius sunt utilitatis, et earum utilitas desumitur ex valore quem habent ad res alias comparandas. Si igitur mutuatarius dominium tantum speciei physicae, non vero valoris transferre posset, sine dubio nemo pro tali dominio aliquid commutaret.

Attamen ex his non sequitur monetam signatam esse rem quae aut *in se* aut in ejus valore primo usu consumitur. Manifestum est ipsas species physicas primo usu non consumi; neque valorem quem habent ad res alias per commutationem comparandas. Quum Petrus mille libras mutuatus est a Paulo, pecunia ei tradita consumpta non est in specie physica nec in valore; aliter enim Caius suas merces pro hac pecunia non commutaret. Pecunia itaque mutuata tum speciem physicam tum valorem retinet.

“Sed verum semper remanet,” ait Carriere (a), “pecuniæ usum unico actu exhauriri; qui enim semel ea usus est jam amplius usum ejus non habet: unde non consumitur quidem in se seu physice, sed consumitur quoad utentem.” Hoc quidem verum est, sed idem evenit in innumeris aliis contractibus. Quando Caius Petro vendit, aut donat agros, aut domos, aut equos, aut vaccas, aut oves, aut merces, hæc omnia unico usu exhauriuntur, eo sensu quod eis venditor vel donator amplius uti non potest; quia non amplius ipsius sunt, sed alterius. Idem dicendum est de pecunia mutuata per se considerata; ejus dominium in mutuatarium necessario transfertur, sed *in se* non consumitur neque in specie physica neque in valore. Dico *in se*, quia quando datur ad res comparandas quæ revera primo usu consumuntur, hanc pecuniam primo usu consumi dici potest; quia quum usus pecuniæ sit ad res alias per commutationem comparandas, quando datur mutuum pecuniæ ad cibum et potum et alias res primo usu consumptibiles obtinendas, vere dici potest eam dari in usum consumptionis, quia mutuatarius neque ipsas species physicas, neque alias res æquivalentes habet. Sed de hac re sermo recurret quando de usura agemus, ubi etiam dicemus utrum necessarium sit in omni vero mutuo ut res tradatur in usum consumptionis necne.

405. Notandum est 2º. omnino perperam supponi valorem pecuniæ pendere a voluntate principis aut reipublicæ. *Valor* rei alicujus est vis seu efficacia quam habet ad aliquid obtinendum aut efficiendum. *Valor* satisfactionis Domini nostri est vis seu efficacia quam habet ad satisfactionem Deo propter peccata reddendam, et ad gratiam merendam. *Bonitas* valetudinis est vis seu efficacia quam habet ad hominem felicem in hac vita reddendum. *Valor* pecuniæ est vis seu efficacia quam habet ad bona quædam externa obtinenda. Potest quidem et non raro debet pecunia impendi in operibus caritatis, sed ipsi pauperes ea utuntur ad res quæ ad vitam necessariæ sunt obtinendas. Pecunia est res temporalis ad necessitates temporales sublevandas inventa, sed ad alium usum sublimiorem dirigi potest et debet; “quid enim prodest homini si mundum universum lucretur, animæ vero suæ detrimentum patiatur? aut quam dabit homo commutationem pro anima sua” (b). Hic autem loquimur de pecunia quatenus est medium institutum ad commutationes rerum temporalium faciendas. *Valor* alicujus rei est duplex, nempe *incommutabilis* et *commutabilis*.

(a) De contractibus, n. 1147

(b) Mat. 16, 26.

Valor incommutabilis, qui etiam *intrinsecus* appellatur, est vis seu efficacia quam res habet ad aliquid boni efficiendum, quod tamen aut alteri communicari nequit, aut ab eo non desideratur, aut tam abundanter suppetitat ut nemo ullum pretium pro eo daret. Sic bona valetudo est pretiosissimum bonorum temporalium, sed nemo alteri quidquam daret pro ejus bona valetudine, quia hoc bonum est omnino incommunicabile. Idem dicendum est de vita, de integritate membrorum, de pulchritudine, de ingenio, memoria, fama, aliisque innumeris bonis tam corporis quam animi, quæ ab uno in alterum transferri nequeunt. Habent hæc bona interna magnum intrinsecum valorem, sed ita possessori inhærent ut quamquam ea destruere et perdere potest, alteri communicare nequeat (a). Quamquam autem res aliqua alteri dari potest, attamen si nemo eam possidere vult, is cujus est nihil alicujus saltem pretii pro ea obtinere poterit. Sic ut in tract. de just. exposuimus (b), fieri potest ut quis dominium habeat soricis aut muris mansuefacti; sed res hujusmodi non habent ex æstimatione communi valorem commutabilem. Unus fortasse aut alter pretium pro rebus hujusmodi dabit; sed hæc æstimatio est omnino specialis, et hic loquimur de rebus quæ propter æstimationem communem vulgo commutabiles sunt. Quædam tamen sunt bona externa et commutabilia, summæ necessitatis ad vitam cultumque humanum, quæ tamen nullum habent valorem communicabilem, quia sunt usus inexhausti et ab omnibus haberi possunt sine ullo labore aut pretio. Talia sunt lux cœli, aër, oceanus, et alia plurima. Ex his patet tria esse necessaria ut res aliqua valorem habeat commutabilem: 1°. ut non sit bonum *internum* quod ipsi homini inhæreat, sed *externum* quod ab uno in alium transferri possit; 2°. ut sit aliquid *pretio dignum ex communi hominum æstimatione*; et 3°. ut non possit ad arbitrium ab omnibus haberi, sed ut sit *rarum*, et ideo ut sine pretio aut labore comparari nequeat. Sed de hac tertia conditione observandum est, quo rarior res appetibilis sit, quo difficilior, periculosior, laboriosior sit ad comparandum, eo aptiorem esse ut medium commutationum fiat, dummodo sufficiens quantitas hujus rei inveniri possit, ut in hunc usum adhibeatur, et dummodo in partes minutas dividi possit. Talia sunt aurum et argentum. Sunt 1°. bona commutabilia ut patet; 2°. maxime appetibilia, quia ii qui harum rerum copia abundant, ea omnia quæ ad vitam cultumque necessaria aut utilia sunt, per commutationem obtinere possunt; 3°.

(a) De distinctione bonorum in interna et externa cf. tract. de just., nn. 135 et 136.

(b) n. 237.

rara sunt, et non sine magno labore et incommodis et periculis comparari possunt; et 4°. obtineri possunt in quantitate quæ ad usum commutationes faciendi sufficiat, et in partes tam minutas dividi, ut pro aliis rebus etiam parvi valoris commutari possint.

406. Nemo nunc ignorat principem aut rempublicam signando rem aliquam ut moneta fiat, non posse in eam conferre valorem quem alias ex æstimatione communi non habet. Si hoc facere posset respublica, non amplius indigeret yectigalibus, nec aliis rebus ad onera publica sustentanda; quia signare posset plumbum aut cuprum aut ferrum, et sic efficere ut partes horum metallorum eundem valorem quem aurum ejusdem ponderis haberent. Posset quidem respublica appellare schelingum aut minorem nummum nomine libræ [*a sovereign*], attamen qui eum haberet neque cibum nec potum neque aliam rem ultra valorem unius schelingi aut alius nummi quicumque est hac libra compararet. Quam rem ignorantes quidam principes variis temporibus attentarunt rem nummariam adulterare commiscendo æs aut cuprum aut alia inferioris pretii metalla cum auro, totamque massam similiter atque si esset aurum purum signando, eique æqualem valorem tribuendo. Sed adulteratio cito detecta est, neque per commutationem aliæ res obtineri potuerunt pro his nummis, nisi quanti valeret aurum purum quod in eis inerat. Exemplum hujus rei nuperrime apud civitates fœderatas Americæ septentrionalis evenit. Ibi, sicut antea factum est in Gallia, exeunte seculo duodevicesimo, tempore maximæ seditionis, et variis temporibus in nostris et in aliis regionibus, a republica lege statutum est ut tesseræ Argentariæ Americanæ vice pecuniæ signatæ ad tempus fungerentur. Non quidem statutum est ut ipsæ tesseræ pro pecunia acciperentur, sed tantum ut haberentur tanquam promissiones fide publica innixæ, quibus respublica recepit se summam singulis tesservis scriptam argento et auro signato soluturam. Sed bello ingravescente, ita imminutus est valor tesseractum tum ob periculum ne respublica earum pretium argento et auro signato nunquam solveret, tum etiam quia valor argenti et auri signati valde auctus est ob inopiam hujus speciei pecuniæ, ut in statibus fœderatis septentrionalibus tesseræ ex quibus vicenæ libræ deberentur, nonnisi octonis libris argenti aut auri signati valerent ad res alias comparandas; et in statibus meridionalibus, ob fortunam belli adversam, pretium tesseractum publicarum gradatim ad nihil deductum est. Eodem tempore pretium argenti et auri signati non tantum non imminutum est, sed etiam auctum propter ejus raritatem. Itaque valor pecuniæ signatæ non pendet ex signo quod ei auctoritate publica imprimitur, sed ex pretio quod ex communi æstimatione ipsa res signata habet. Signum metallo impressum est tantum

testimonium authenticum ejus quantitatis et qualitatis, neque inde majoris pretii efficitur quam massa non signata ejusdem ponderis et bonitatis. Lucrum quidem modicum, ut supra n. 216 exposuimus, ex argento signato percipit nostra respublica, et æ signatum habet pretium duplo majus quam massa non signata. Sed nemo cogi potest argentum signatum in solutionem ullius debiti ultra summam quadraginta schelingorum accipere, neque æ nisi infra summam sex nummiorum. Neque tenetur quis tesseras nummarias mensarum publicarum in solutionem ullius postulati accipere, exceptis tesseris argentariæ Anglicanæ, Hibernicæ, et Scoticæ, ac ne has quidem nisi quamdiu hæ argentariæ pecunias ex suis tesseris debitas auro signato solvent quodcumque ab eis postulatum erit. Aurum ex quo pecunia probata nostræ reipublicæ præcipue conficitur, etiam impensis publicis signatur, ideoque idem omnino pretium quod massa non signata ejusdem ponderis et puritatis habet, et aurarii sæpe aurum signatum in catinum fundendum projiciunt (a).

407. Itaque quum valor pecuniæ non pendeat ex signo publico, sed ex communi æstimatione quam res signata habet, videndum est quo modo hæc æstimatio determinetur. Ex iis vero rebus quæ magni æstimantur, quædam ingenio et industria humana effici, aut augeri, aut multiplicari nequeunt, ut gemmæ, lapides pretiosi, &c.; quædam aliæ industria humana obtineri et

(a) The purity of gold uncoined as well as coined is estimated as follows: Perfectly pure gold is never used in coins, or in manufacture, for in its pure state it is too flexible, and therefore requires to be combined by fusion with other metals which are called the *alloy*. This alloy is sometimes silver and sometimes copper. It would seem that in ancient times a small red bean, the fruit of the Kuana tree, called a *carat*, was used to weigh gold. The carat now signifies a weight of four grains, 24 carats is taken as the standard weight by which gold is tested. Our gold coinage contains one-twelfth of silver alloy, that is, two carats of silver to twenty-two carats of gold, but this alloy is estimated at the price not of gold but of silver. Gold is generally imported in bars, but sometimes in small particles called gold dust. In this rude state it is called *bullion*, the price of which, like that of other commodities, varies according to the cost of production, and of supply and demand. But the price of coined gold fluctuates almost in the same degree as that of bullion, so that gold coin is substantially issued at its market value. A pound of gold of 22 carats fineness produces in coin £46 14s. 6d., which is about the price of bullion. The price of an ounce of pure gold is £3 17s. 9d. Hence our gold coin which derives no value from its stamp in foreign countries, but is estimated as mere bullion, is of the same value in those countries as it is amongst ourselves, where it is current coin.

Jewellers' gold contains a much greater proportion of alloy, the purest containing 4, 5 or 6 carats of silver or copper to 20, 19, or 18 carats of gold; the proportion of alloy being in many instances much greater.

augeri possunt, ut fructus terræ, aurum, argentum, &c. Priores saltem augeri nequeunt magnitudine, neque numero nisi eas in partes abscindendo. Quædam res hujusmodi quæ maximi sunt pretii, nonnisi ad ornatum inserviunt; aliæ vero quæ tanti non sunt pretii ad multos alios usus adhibentur. Pretium rerum hujusmodi pretiosissimarum fere omnino ex earum raritate pendet, aliarum vero ejusdem speciei quæ non ita pretiosæ sunt, tum ex raritate tum ex multitudine eorum a quibus expetuntur. Sed valor rerum hujusmodi, præsertim pretiosorum, non ex æstimatione communi, sed ex æstimatione paucorum qui peritiam in arte gemmariorum habent determinandus est. Hæ gemmæ tum ob ipsarum raritatem, tum quoque ob pretium, tum ob difficultatem valorem et bonitatem apud multitudinem determinandi, rite institui non possent ut medium quo commutationes inter homines vulgo fierent. Quanquam autem homines aurum aut argentum creare nequeunt, attamen metalla exercendo has res obtinere possunt, et sic in singulos dies augetur quantitas auri et argenti quæ in usus humanos adhibetur. Pretium auri et argenti præcipue pendet tempore aliquo determinato ex labore, periculo, et impensis quibus ea ex metallis extrahuntur, et etiam ex industria et labore quæ in eis expurgandis adhibentur. Si enim eodem labore et periculo et impensis homines majus lucrum metalla exercendo quam aliis rebus operam dando perciperent, omnes ad metalla confluerent. Sed revera habita ratione locorum ubi metalla sita sunt, periculorum, perpersionum, et non raro inopiæ rerum ad vitam necessariarum, quæ in his exercendis subeunda sunt, non majus lucrum ex hoc quam ex alio æque gravi labore percipitur. Neque huic sententiæ illud obstat, aliquando massam auri casu et sine labore inveniri; quia nihilominus idem labor gravis requiritur ad aurum obtinendum, et quantitas quæ sic invenitur nullo modo ad pretium commune immutandum valet. Diximus *præcipue* pendere ex labore, &c., quia pretium auri et argenti sive rudis sive signati pendet *aliquantulum* etiam ex multitudine aut paucitate emptorum, et ex abundantia aut inopia rei nummariæ. Non hic loquimur de fenore quod sive juste sive injuste ex pecunia mutua exigitur, quia hoc pendet ex quantitate pecuniæ et numero eorum qui pecuniam mutuam expetunt. Sic si nemo pecuniam mutuam expeteret, nullum fenus pro pecunia mutua obtineri posset; si vero a multis expeteretur, quoniam quantitas subito augeri nequit, fenus statim augetur. Unde tempore belli, aut quum homines in amplis rebus gerendis, ut in viis ferreis sternendis, multum versantur, aut quum mercatores commercium magnum et copiosum faciunt, fenus pecuniæ mutuæ magnopere etiam intra breve tempus augetur. Sic fenus

pecuniæ mutuæ apud argentariam Anglicanam, cujus normam pleræque aliæ argentariæ in Anglia et in Hibernia et in Scotia sequuntur, nonnunquam a binis libris pro centenis in singulos annos, intra tres aut etiam duos menses ad denas libras pro centenis crescit. Augere solent fenus gradatim curatores argentariæ donec mercatores a mutuis petendis magna ex parte arceantur, ne ex argentaria pecunia signata omnino exhauriatur. Ita fit ut pecunia mutua a tam multis non expetatur, et ideo fenus paulatim imminuitur.

408. Hic tamen nonnisi obiter loquimur de fenore pecuniæ mutuæ, quia hæc quæstio pertinet ad materiam de usura, sed de pretio ipsius auri et argenti sive rudis sive signati. Hoc pretium aliquo tempore determinato parum variatur ob numerum eorum a quibus pecunia mutua expetitur; quia, ut ex dictis patet, causæ ob quas pecunia mutua a multis aut a paucis expetitur fluxæ et mobiles sunt, et ideo habita ratione paucorum annorum fenus pecuniæ mutuæ fere idem est. Itaque pretium ipsius auri aut argenti haud multum ex hac causa tempore aliquo determinato mutatur. Diximus aliquo tempore determinato; quia si ratio habeatur multorum annorum, quoniam quantitas auri et argenti quotannis augetur, ejus valor ad res alias comparandas valde imminuitur. Necesse non est ex temporibus ante initium hujus seculi argumenta quærere ad hoc probandum; omnes enim ii qui curam rei familiaris per multum temporis habuere, experientia cognoscunt impensas necessarias ad res domesticas et familiares gerendas intra hos quinquaginta annos duplo majores factas esse. Id est, pecunia intra quinquaginta annos dimidio minus valet quam antea ad res quæ ad vitam cultumque pertinent comparandas. Valor pecuniæ permulto minor factus est quam in temporibus antiquioribus, ut patet ex eis quæ de impensis publicis in tractatu de justitia nn. 506 et 510 tradidimus. Etsi enim ingens illa summa, plus quam ducenties sexagies centena millia (26 millions) librarum, quæ nunc quotannis requiritur ad fenus debiti publici solvendum, et aliæ quædam pecuniæ de impensis quæ nunc solvuntur ad onera reipublicæ sustentanda deducendæ sunt, antequam comparatio institui possit inter summam quæ olim sufficiebat et eam quæ nunc requiritur ad hæc onera sustentanda; certum tamen est ad ea comparanda quæ ad vitam cultumque pertinent, singulas libras circa medium seculi sexti decimi tantum quantum hodie tricenæ aut quadragenæ valuisse. Et, si ad secula priora redeamus, reperiemus valorem pecuniæ illis temporibus multo majorem fuisse.

409. Ex his quæ de natura pecuniæ paulo fusius exposuimus, quia necessaria sunt ad intelligendam materiam de usura, satis

intelligi potest definitio mutui. Ultima tantum verba aliqua indigent explicatione. Verba sunt "sub obligatione aliam ejusdem speciei et bonitatis debito tempore reddendi." Potest quidem mutuatarius rem ipsam mutuam si eam non consumpserit reddere, non autem *obligatur* ad hoc, sed tantum ut aliam ejusdem speciei et bonitatis præstet; quia de essentia mutui est, ut dominium rei mutuae accipiat. Certum etiam est quum materia mutui est res primo usu physice consumptibilis, ut frumentum, oleum, vinum, &c., rem in eadem specie restitui debere; aliter contractus non erit simpliciter et ex se mutui, sed permutationis, aut contractus innominatus. "Adverte in pecunia tamen," ait Lugo (a), "non tam attendi speciem physicam et materialem auri, vel argenti, quam formalem valoris; quare in qualibet alia pecunia ejusdem valoris solvi potest, nisi aliud in pactum deductum sit." Hoc verum est dummodo ne intelligatur idem valor *legalis* sed idem valor *commutativus*, ut supra exposuimus. Tempore belli civilis inter status foederatos Americanos septentrionales et meridionales, plures Americani contendebant, se posse ea quæ debebant etiam civibus exterarum gentium solvere tesseris Argentariæ Americanæ habita ratione earum *legalis* valoris. Sed optime sciebant fore ut sibi, si ita agerent, nihil unquam postea fide daretur, et ideo debita auro solvebant. In Galliis tempore maximæ perturbationis A. D. 1790 sancitum est ut chartæ nummariæ quas *assignats* appellabant habendæ essent pro moneta legali, et ut debitores his chartis debita sua solvere possent, non obstante quacumque conventionem in contrarium. Sed quum homines nihilominus bona sua vendere nollent nisi stipulatione interposita ut pretium auro vel argento solveretur, an. 1793, "prohibitum fuit sub gravissimis pœnis [*six années de fers*] stipulari debita aliter quam his chartis fore solvenda: et quicumque has recipere detractaret, vel reciperet minori pretio, plectebatur prima vice mulcta, et sex mensibus carceris, secunda vero *vingt ans de fers* (b)." His tamen legibus et pœnis non obstantibus, rhedarius quidam interrogatus quanti quemdam ad certum locum veheret, respondit sex millibus livrarum [*livres*] si his chartis summa solveretur; id est, trecentis circiter libris anglicanis pro vectura, pro qua duæ vel tres *livræ* seu *franchi* argento signato solvendi sufficerent (c). Quum igitur ii qui tunc summa

(a) De Just. disp. 24, n. 1.

(b) Carrière de contractibus, n. 407.

(c) Mercier, 2, 94, ap. Carlyle, French Revolution, vol. 3, p. 256, not. 3 ed., 1871, ubi addit, "1st Feb., 1796: at the Bourse of Paris, the gold Louis of 20 francs in silver costs 5,300 francs in assignats. Montgalliard, 4, 410."

rerum potiti sunt in Galliis tandem didicissent se non posse pecuniam ex panniculis signatis facere, leges prædictas die 17^a Julii 1796 abrogaverunt, libertatemque contrahendi restituerunt (a).

Itaque mutuum reddi debet secundum valorem non *legalem* sed *commutativum*, ut ex dictis patet. Rite igitur in nostra republica ordinatur ut ne quis teneatur rem ullam in solutionem debiti accipere nisi aurum aut argentum signatum aut tesseræ argentariæ Anglicanæ, Hibernicæ, et Scoticæ, quamdiu hæ argentariæ pecunias ex suis tessæris debitas auro signato solvant quandocumque ab eis postuletur, ut supra n. 216, exposuimus.

Ex dictis etiam patet mutuum essentialiter perfici per hæc duo, 1^m per mutuum consensum quo res primo usu consumptibilis aut commutabilis modo exposito a mutuante in dominium mutuatarii traditur cum obligatione rem aliam ejusdem speciei et bonitatis, aut ejusdem valoris commutabilis postea reddendi; et 2^m per rei traditionem. Jure quidem solo naturali spectato, traditio necessaria non est, ne tum quidem quum dominium rei ab uno in alterum transfertur, ut in donationibus et venditionibus evenit. Sed traditio omnino necessaria est in mutuo, quum mutuatarius, utpote rei mutuatae dominus, ejus periculum in se suscipit, et obligatione rem aliam ejusdem bonitatis reddendi se astringit. Omnino autem injustum esset cum si rem nunquam accepisset, aut si perisset antequam aut ipsi aut ejus procuratori traderetur, rem ejusdem bonitatis reddere teneri.

410. Obligationes tum mutuatoris tum mutuatarii ex dictis satis manifestæ sunt. Mutuator, nisi rei vitium, si quod est, cognitum sit mutuatario, tenetur 1^o. rem communis bonitatis ex communi vitæ consuetudine tradere mutuatario. Itaque si mutuator cibum aut potum vitiosum, nescienti dat mutuatario, unde is ejusve familia damnum patitur, hoc damnum reparare tenetur. Insuper si pro cibo aut potu vitioso cibum et potum bonum et salubrem exigeret, manifeste mutuatario injuriam inferret. Item in mutua pecunia si mutuator non aurum aut argentum signatum sed chirographum aut syngrapham mutuatario tradit, ex quo totam pecuniam promissam non accipit mutuatarius, ille totam summam auro aut argento solvendam exigere nequit sed tantummodo quantum acceptum est. Hic non loquimur de lucro quod ex mutuo ratione titulorum extrinsecorum non raro exigî potest, quia hæc quæstio ad disputationem de usura pertinet. Tenetur 2^o. mutuator ex mutuo *per se solum* spectato non plus exigere quam dederit, quia

(a) "A paper money of *Assignats* of Bonds secured or assigned on that Clerico-national property, is decreed. . . . So that now while old rags last, there shall be no lack of circulating medium." Id. Ibid., vol. 2, p. 7, Ed. Lond. 1871.

hanc esse naturam mutui stricte dicti, et seclusis titulis extrinsecis, infra demonstrabitur. Tenetur 3°. plerumque rem non repetere ante tempus statutum. Tempus autem præfiniri potest aut expresse aut tacite, habita ratione circumstantiarum et finis ob quem mutuum datum est. Dico *plerumque*, quia ex mutuo prorsus gratuito sæpe non censetur mutuator se obligare ut solutionem quovis tempore ne exigat, si tempus in quod mutuum concessum est præfinitum non fuerit, et si ipse ex dilatione grave damnum tempore mutui non prævisum subeat necesse sit. In hoc enim casu tempus in quod mutuum concessum est definendum est ex iudicio prudentium, qui quidem rationem habere debent circumstantiarum non tantum mutuatarii sed etiam mutuatoris. Si vero tempus in quod mutuum datur præfinietur, non tenebitur mutuatarius debitum ante hoc tempus elapsum solvere. Dico ex mutuo *prorsus gratuito*, quia si mutuator aliquod lucrum ex mutuo percepturus est, mutuatarius rem debitam ante tempus quod aut expresse aut tacite statutum est reddere non tenetur.

411. Disputatur an mutuator exigere possit rem mutuata in eadem mensura et quantitate, si pretium tempore solutionis augeatur, aut plus exigere si vilius fiat? Si agatur de pecunia mutua et si aurum vel argentum detur, eadem quantitas et qualitas reddenda erit; et idem dicendum est si detur tessera nummaria, si tota summa quæ in ea scribitur auro et argento soluta erit, aut si æque valeat ad alias res comparandas atque eadem summa auri signati. Si vero tota summa quæ in tessera scribitur pro ea obtineri nequeat, non potest mutuator exigere ut tota summa auro signato solvatur, sed tantummodo ut ea summa auro aut argento solvatur quam accepit, aut accipere potuit mutuatarius, aut ut tota summa solvatur tesseris ejusdem valoris cujus erant eæ quas mutuatario tradidit. Apud nos quidem tesserae argentariae Anglicanae, Hibernicae, et Scotiae et omnium aliarum argentariarum quibus facta est potestas tesseras nummarias vulgandi ejusdem sunt aestimationis ac aurum; quia quisque cognoscit se posse pro auro signato has commutare. Sed ne argentariae Americanae quidem tesserae possunt commutari pro eadem summa auri quæ in eis scribitur, quia non tenetur argentaria eandem summam auri pro eis solvere. Centenæ libræ Anglicanae ex auro signato aut ex tesseris argentariae Anglicanae nunc centenis duodenis libris ex tesseris argentariae Americanae valent. Valor harum tesseractum non semper idem est, ut ex jam dictis satis patet, sed paululum variatur de die in diem; attamen quoniam incertum est utrum futurum sit ut pretium augeatur an ut minuatur, secluso pacto, sufficit ut mutuatarius reddat eandem summam tesseris argentariae Americanae quam his tesseris accepit,

etiāsi earum valor imminutus sit, et tenetur hanc reddere si earum valor creverit. A fortiore licitum est pactum inire, quando dubium est tempore mutui num res mutua tempore solutionis pluris an minoris valitura sit, ut in eadem specie et quantitate reddatur. Petrus v. g. vult mutuari centum libras a Paulo cujus pecunia in fundis publicis collocata est. Pretium fundorum mutatur fere de die in diem, ut omnibus notum est; et quum plerumque dubium sit num futurum sit ut pretium tempore solutionis augeatur an minuat, licitum erit pacisci ut mutuarius reddat tantum pecuniæ fide publica collocatæ, quantum ipse mutuator vendiderit. Secluso vero pacto mutuarius eandem summam pecuniæ numeratæ quam ipse acceperit reddere tenebitur, nulla ratione habita fundorum publicorum. Itaque si Paulus mutuator præviderit pretium fundorum publicorum vilius futurum esse, ipse, venditis partibus ut mille libras Paulo mutuas det, nullo modo eandem quantitatem fundorum publicorum in solutionem accipere tenebitur, sed eandem summam pecuniæ quam dederit exigere potest, etiāsi secluso mutuo futurum esset ut partes ad tempus imminutionis retinerentur. Ratio est, quia nihil exigit ultra id quod dederit, et hoc modo justa æqualitas servatur. Si vero præviderit mutuator pretium fundorum tempore solutionis auctum iri, omnibus fatentibus, pactum juste inire potest ut eadem summa fide publica collocata ipsi restituatur, quum ipse pecuniam in fundis collocatam usque ad tempus incrementi servaturus sit; quia tantum exigit ut æqualitas servetur, et ut ipse ex mutuo damnum ne patiatur. Inutile vero est inquirere quid dicendum esset si statuisset pecuniam ex fundis tum adimere quum ipse pecunia non indigeret, et augmentum pretii prævideret; nemo enim sanæ mentis ita ageret.

412. Si vero de aliis rebus præterquam de pecunia agatur, plerumque reddenda est eadem quantitas et qualitas, sive rei pretium creverit sive decreverit; quia res ipsa, non autem ejus valor seu pretium, spectatur. Attamen agnoscunt auctores licere aliter pacto convenire in multis casibus sine injustitia. "Certum videtur," ait Lugo (a), "quod si mutuans prævideat triticum postea minorem valorem habiturum, possit exigere ut mutuarius debeat reddere plures mensuras tritici adæquantes valorem præsentem tritici quod dat . . . quia sicut posses triticum tuum vendere pretio nunc currenti, et differre pretii solutionem ad tempus, quo triticum minus valebit: ita poteris mutuare secundum valorem præsentem, cum possit contractus ille facile reduci ad *permutationem inchoatam* tritici præsentis pro majori quanti-

tate tritici futuri habentis æqualem valorem. Ut tamen contractus justus sit, deberet mutuans, sicut exigit plures mensuras si tritici valor decreverit, ita contentus esse paucioribus si forte valor tritici crevisset, alioquin non servaretur æqualitas. Secundo verum videtur, si mutuans servaturus erat triticum in tempus quo plus valebit, posse deducere in pactum, ut solvatur in eadem mensura et bonitate qua accipitur: adest enim titulus lucri cessantis, cum triticum illud plus valiturum erat mutuanti . . . Observant autem (auctores) detrahendum esse pro sumptibus quos mutuans faceret in conservando apud se tritico toto illo tempore, item pro periculo, si quod erat, quod apud ipsum interim corrumperetur, vel deterioretur" (a).

413. Inutile esset latius disserere de mutuis rerum primo usu consumptibilium in quibus ipsæ res mutuæ in eadem specie reddendæ sunt; namque res mutuæ hoc modo non dantur nisi rarissime et quando de rebus levissimi momenti agitur. Neque hoc modo contrahunt ii qui usuram sectantur, sed fere semper in modum venditionis et emptionis contractus conficiunt. Quum quis indiget frumento, aliisque rebus primo usu consumptibilibus, pro quibus pecuniam præsentem solvere nequit, emit eas ab aliquo, pretio constituto quod nonnisi post certum tempus solvendum est. Re per se spectata, et seclulis titulis extrinsecis, venditor contentus esse debet pretio quo res ejusdem generis et bonitatis tempore contractus initi veneunt. Unde potest rem vendere pretio præsentem, etiamsi prævideat fore ut ante tempus debiti solvendi pretium decreseat; et si dubium sit utrum futurum sit ut crescat an ut minuatur, pactum iniri potest ut pretium sit idem quo res ejusdem generis et bonitatis tempore solutionis veneant. Regula generalis in his omnibus est ut æqualitas inter rem traditam et acceptam servetur; quia si secluso omni titulo extrinseco plus exigitur quam datur, usura committitur; nam quamvis contractus explicitus sit venditio et emptio, revera in hoc casu intercedit mutuum pecuniarium implicitum, et aliquod emolumentum ratione ipsius mutui exigitur.

144. Ex dictis satis constat quænam sint obligationes mutuatarii. 1° Si agatur de pecunia mutua, eam secundum valorem acceptum tempore debito reddere tenetur; si vero agatur de rebus primo usu consumptibilibus, eas aut in eadem quantitate aut qualitate, aut ut juste conventum fuerit, reddere debet. Sed etiam secluso pacto non semper tenetur rem primo usu consumptibilem in eadem quantitate reddere; v. g. si Petrus mutuetur a Paulo certam quantitatem frugum solani tuberosi [*potatoes*], eo

(a). Ibid. n. 113, et n. 118, et seq.; S. Alph. de 7° præcep. n. 782, &c.

tempore quo hujusmodi fruges abundant, non potest hic eandem quantitatem novarum frugum exigere eo anni tempore quo longe pluris venduntur : hoc enim esset petere plus quam dedisset ; et pactum hujusmodi injustum esset.

Ex hoc patet 1°. quo sensu accipienda sint hæc verba definitio-
nis, *cum obligatione reddendi aliam ejusdem speciei et bonitatis*. Hoc enim tantum verum est quum sic inter rem acceptam et reddendam servaretur æqualitas, aut quum æqualis est spes lucri et damni ex utraque parte. Ideo in definitione addidimus *aut saltem ejusdem valoris*. 2°. Inferri potest quatenus mutuator rem debitam accipere teneatur, si eam ante tempus statutum offerat mutuatarius. Supponitur ipsum tempus quo solutio facienda sit præfinitum esse ; quia si hoc statutum non erit, utique poterit mutuatarius aut ipsam rem mutuam si ea non usus sit, aut aliam ejusdem bonitatis quovis tempore reddere ; quia mutuum est contractus gratuitus qui fit in commodum solius mutu-
tarii. Si ergo tempus præfinitum sit, res reddenda vel est pecunia, vel aliquid aliud primo usu consumptibile. Si sit pecunia, sane mutuator solutionem accipere debet quandocumque, valore debito servato, offertur ; quia hoc nullum incommodum ei inferre potest, et mutuatarius non tenetur uti beneficio solutionem differendi, quod in ipsius solius commodum concessum est. Fingi tamen potest casus extraordinarius in quo mutuator pecuniam in solutionem oblatam ante tempus præfinitum accipere non teneatur. Supponatur Caius dedisse Julio pecuniam mutuam post septem menses reddendam. Caius ni eam mutuam dedisset, in arca sua domi tuto reposuisset. Dum autem iter simul faciunt, audiunt latrones esse in via, quo audito Julius pecuniam mutuatam Caio offert, ut ita si despoliatur ab obligatione eam postea solvendi liberetur. Sane eam recipere non tenetur Caius, quia pecunia in tali periculo non æque valet atque pecunia quæ in tuto reposita est. Itaque dicendum est mutuatorem teneri pecuniam debitam, etiam aute tempus statutum, oblatam accipere, nisi, in aliquo casu extraordinario quum damnum inde subiret. Si vero res ipsa quæ primo usu consumptibilis est reddenda sit (quod nunc raro fit), et ante tempus præfinitum offeratur, eam, propter rationes allatas, accipere tenetur mutuator, nisi ex hoc ipse damnum patietur.

2°. Quoniam mutuatarius dominium rei mutuatae accipit, si perit etiam casu fortuito ipsi perit, neque a sua obligatione eximitur nisi tantum reddiderit mutuatori quantum ab eo acceperit.

415. Obligatio mutuum dandi duplici modo investigari potest : 1°. quatenus quis hoc speciali modo proximo in necessitate posito subvenire teneatur ; et 2°. quatenus ex mutuo aliquid emolumenti

percipere possit. Prima quæstio ad virtutem caritatis, secunda ad virtutem justitiæ pertinet. Quoniam in præsentī materia de virtute caritatis ex professo non tractamus, primam quæstionem tantum breviter attingemus; secundam vero infra ubi de usura investigabimus. Quoniam obligatio mutuum dandi ex virtute caritatis oritur, in necessitate proximi egentis et nostra abundantia nititur. Homines, quantum attinet ad obligationem eis mutuum dandi, in quatuor classes dividi possunt: alii sunt divites et mutuum postulant ad divitias augendas; alii etsi divites, attamen facultates suas expeditas nunc non habent, et nisi eis subveniatur magna damna patientur; alii quanquam nunc pauperes spem rationabilem habent facultates postea acquirendi; alii tandem sunt pauperes tum re tum spe, neque rationabiliter sperari potest fore ut ii unquam æquivalens reddere possint. Jamvero nulla est obligatio erga primam classem; quia in necessitate non constituuntur; erga quartam vero est *obligatio* non mutuum sed eleemosynam dandi. Si is qui pauper est tum re tum spe parvum petat adjumentum, quod habita ratione omnium circumstantiarum non excedat quantitatem eleemosynæ quam is a quo petitur huic pauperi dare debet, utique ex caritate illud in modum non mutui sed eleemosynæ dare tenetur. Dico huic pauperi; quoniam enim multi sunt pauperes, huic uni, secluso casu extremæ necessitatis omnes suas eleemosynas dare non tenetur. Si vero pauper majorem summam in modum mutui petat, ea nempe conditione ut si unquam valeat, æquivalens redditurus sit, *potest* quidem is a quo petitur totam summam in modum mutui dare, sed minime tenetur mutuum huic pauperi præstare, sed tantum eleemosynam, ea quantitate quæ habita ratione tum ipsius necessitatis tum aliorum pauperum, et facultatum illius a quo petitur, huic debetur. Erga secundam et tertiam classem est stricta *obligatio* mutuum dandi; quia caritas urget nos ut subveniamus proximo in necessitate constituto, quando id facere possumus. Equidem possumus ei subvenire res quibus indiget donando, aut in modum eleemosynæ impertiendo, sed nulla est *obligatio* his modis illi subveniendi, quia nemo tenetur res suas donare, neque eleemosynam tribuere nisi quantum proximus indiget. Proximus vero qui vere dives est, quamquam facultates suas expeditas non habet, et magna damna sustinebit, aut qui etsi pauper est re, spe tamen dives est, non indiget nisi ut nunc subveniatur, minime vero ut æquivalens postea reddere non teneatur. Sed plena explicatio obligationis proximis subveniendi ad tractationem de præceptis caritatis erga proximum pertinet (a). Sine dubio

(a) Cf. inter alios S. Alph. lib. 2, tract. 3, cap. 2, n. 25 et seq.

tamen obligatio mutuum dandi præcipue existit erga tertiam classem, id est, erga eos qui revera nunc pauperes sunt, quam rationabilem spem habent fore ut postea facultates acquirant, et æquivalens reddere possint. Neque est hæc obligatio mutuum dandi indivisibilis; namque si Caius copiosa pecunia mutua indiget ut ex suis difficultatibus eripiat, et plures sunt qui ei hoc modo subvenire possunt, non tenetur Julius solus totam summam ei præstare. Prætera nemo tenetur alteri in communi tantum necessitate constituto subvenire hoc modo, nisi habeat bona vitæ et statui superflua. Mutuatarii etiam sub peccato gravi si res mutuata sit magni momenti, eam debito tempore mutuatorio reddere tenentur. Hinc monet Sp. Sanctus (a): “Fœnerare proximo tuo in tempore necessitatis illius, et iterum reddere proximo in tempore suo. Confirma verbum et fideliter age cum illo; et in omni tempore invenies quod tibi necessarium est. Multi quasi inventionem æstimaverunt fœnus, et prastiterunt molestiam his qui se adjuverunt. Donec accipiant, osculantur manus dantis, et in promissionibus humiliant vocem suam: et in tempore redditionis postulabit tempus et loquetur verba tædii et murmurationum, et tempus causabitur: si autem potuerit reddere, adversabitur, solidi vix reddet dimidium, et computabit illud quasi inventionem. Sin autem, fraudabit illum pecunia sua, et possidebit illum inimicum gratis: et convicia et maledicta reddet illi, et pro honore et beneficio reddet illi contumeliam. Multi non causa nequitiae non fœnerati sunt, sed fraudari gratis timuerunt. Veruntamen super humilem animo fortior esto, et pro eleemosyna non trahas illum. Propter mandatum assume pauperem: et propter inopiam ejus ne dimittas eum vacuum.”

§ 2. De Usura.—Articulus Primus.

De nomine et definitione usuræ, et utrum usura sit aliquid supra sortem tanquam vi ipsius mutui debitum exigere?

416. Vocabulo *usuræ* aliquando ipse usus rei significatur, sed sæpe lucrum sive licitum sive illicitum quod ex usu rei mutuatae percipitur. Sæpius tamen hoc verbo lucrum injuste perceptum appellatur. Nunc quidem Anglice vocabulum *usury* lucrum ex mutuo injuste perceptum significat. Quod ad rem attinet, usura communiter definitur *lucrum quodcumque ex ipso mutuo seu vi ipsius*

(a) Eccles. 29, v. 2, et seq.

mutui sine alio titulo justo perceptum (a). Ut autem lucrum sit usurarium, debet percipi ex ipso mutuo sine ullo alio titulo justo. Etenim simul cum mutuo concurrere possunt alii tituli justi lucrum percipiendi, ut damnum emergens, lucrum cessans, &c., qui tituli, utpote ad contractum mutui non necessario pertinentes, extrinseci appellantur. Usura dividitur in *explicitam* seu *apertam* et *implicitam* seu *palliatam*. Prior existit quum lucrum vi mutui aperte exigitur; posterior quum lucrum sub specie alterius contractus, sed revera ex mutuo percipitur. Dividitur in *realem*, quæ existit quum pactum explicitum aut implicitum de lucro ex mutuo percipiendo initur; et *mentalem*, quum sine ullo pacto lucrum tanquam ex ipso mutuo debitum solvitur et accipitur. Dico *tanquam ex mutuo debitum*; quia si mutuatarius propria sponte det aliquid mutuatori, id titulo donationis accipere potest. Dividitur in *usuram sortis* qua datur lucrum pro pecunia accepta, et *usuram usuræ* qua ex usura tempore statuto non soluta, novum efficitur caput ex quo etiam usura percipitur.

417. Usuram a jure naturali et a divino et ecclesiastico reprobata esse, ex S. Scripturis, patribus, conciliis, pontificibus, et ratione docent theologi et canonum interpretes. Testimonia ex his fontibus late adducit Carriere (b), apud quem videri possunt. “Difficultas præcipua,” ait Lugo (c), “est in afferenda ratione naturali hujus malitiæ, quia non ita clare se offert lumini naturæ. Molina disp. 304, et Salas ubi supra (d) alias rationes referunt et impugnant. Ratio, quæ magis communiter a prædictis doctoribus et alis usurpatur, ad hoc fere reducitur; quia contra justitiam est in rei unius commutatione pro alia plus exigere quam res valeat; nisi alius titulus intercedat, ratione cujus illud amplius juste accipiat; qui autem accipit usuram in mutuo ultra sortem, accipit plus quam valeat id quod dedit: ergo peccat contra justitiam. Major et consequentia manifesta sunt: minor vero probatur, quia si dedisti 10, et accipis 10, jam accipis quantum valebat id quod dedisti; si ergo accipis 12, accipis supra valorem dati. Porro non intervenire alium titulum ad illum excessum probant: quia si accipiat ob damnum emergens vel ob lucrum cessans, non erit usura, nec illicitum, ut infra consta-

(a) Ita Benedic. 14, de Synodo, lib. 10, c. 4, n. 2, et in literis Encyclicis, viz pervenit, ad Patriarchas, Archiepiscopos, Episcopos, et ordinarios Italiæ datis die 1^a Nov. 1745, § 3.

(b) De contractibus, a n. 1124 usque ad 1161. Cf. etiam Lugo de Just. Disp. 25, sect. 2, et alios theologos qui de materia contractuum scripserunt.

(c) Ibid. n. 10.

(d) De contract. tract. de usuris dub. 3.

bit, idem est si aliquid exigatur propter periculum recuperandi sortem, vel propter expensam in mutuo, vel in recuperatione faciendam, vel propter laborem computandi, præparandi, et similia. Solum ergo est usura, quando accipitur pro mero mutuo.”

Quidam auctores probant ex hac ratione *intrinseca* lucrum vi mutui acceptum injustum esse, quia ex certa omnium sententia *mutuum* ex sua natura esse debet *gratuitum*. Sed vel intelligitur mutuum ex natura sua esse gratuitum, ita ut si aliquid ultra sortem exigatur, mutuum esse desinat, et in contractum alterius generis transeat; vel intelligitur id omne quod vi mutui ultra sortem exigatur injustum et usurarium esse. Porro primum dici nequit; quia omnes theologi agnoscunt, *usuram in contractu mutui propriam sedem et locum habere* (a); et si vere dici posset, non probaret lucrum fore injustum; quia si Caius Julium roget ut equum sibi commodet ad iter faciendum, hic vero recuset equum commodare sed velit eum dare in hunc usum justo pretio constituto, contractus mutatur in locationem et conductionem, sed nulla injustitia committitur. Similiter de mutuo dici potest, quum quis petat pecuniam mutuam gratis sibi in tempus dandam, alter vero recuset nisi aliquid supra sortem accipiat, quanquam hic contractus mutuum appellari non potest, hoc per se non probaret lucrum fore injustum, sed tantummodo contractum alterius generis sive nominatum sive innominatum confectum esse. Si vero secundo modo intelligatur mutuum esse ex natura sua gratuitum, ita ut quicquid ultra sortem vi mutui accipiat injustum sit, nulla ratio *intrinseca* affertur, sed sententia omnino auctoritate nititur. Sed nullus theologus, quod sciam, ex sola auctorum sententia injustam esse usuram probat, sed omnes hoc ex rationibus *intrinsecis* demonstrare conantur.

418. Itaque a communi ratione recedendum non esse censemus; qua docetur lucrum ex mutuo sine justo titulo perceptum injustum esse; atqui lucrum vi ipsius mutui perceptum sine justo titulo percipitur; ergo tale lucrum injustum est. Major patet; nemo enim rem juste accipere potest ad quam accipiendam justum non habeat titulum. Minor probatur. Hic præcipue loquimur de mutuo rei primo usu consumptibilis quæ in usum consumptionis traditur, et de mutuo pecuniæ quæ ad res hujusmodi, aut ad alias etiam res necessarias, ut vestes pro seipso aut pro familia comparandas mutuatariorum datur. De mutuis ob alium finem concessis infra agemus. Itaque in mutuo prioris generis per se solum spectato nullus est titulus pretio æstimabilis ad aliquid supra sortem tanquam ex justitia debitum exigendum. Si enim aliquis

(a) Bened. 14, in Encycl. vix pervinit, § 3.

esset titulus, esset ex parte vel mutuatoris vel mutuatarii; atqui nullus est titulus ex parte aut mutuatoris aut mutuatarii. Ex hypothesi nullus est titulus ex parte mutuatoris nisi ipsa traditio pecuniæ aut obligatio eam ante tempus statutum non repetendi. Sed mera traditio pecuniæ non est titulus pretio æstimabilis; quia hoc fieri potest sine labore aut temporis jactura, qualis ex communi hominum æstimatione pretio compensari debet. Si enim mutuator pecuniam habet in marsupio aut in arca, statim eam mutuatario tradere potest; si vero apud argentariam deposita sit, tantum necesse erit ut scriptum brevissimum, quod maxima ex parte typis jam expressum est, mutuatario tradat ex quo is pecuniam accipiet. Non hic loquimur de eis qui argentariam faciunt, neque de nummulariis; quia qui hujusmodi rebus operam dant curam, pecuniam, &c., in eas impendunt. De hac materia infra agemus. Nunc autem spectatur merus labor pecuniam numerandi aut tradendi, et hic labor per se sumptus, ex communi æstimatione non est pretio æstimabilis; et hoc inde patet, quod si quis actionem intenderet ad compensationem pro hac opera obtinendam, tum judex tum jurati eum irriderent. Neque pretio æstimabilis est mera obligatio per se sumpta rem mutuata ante tempus statutum non repetendi. Quum enim res mutuata est primo usu consumptibilis et in usum consumptionis traditur, et a mutuatario in se suamque familiam sustentandam impenditur, nullum fructum ipsi parit, et est res vere sterilis. Et idem dicendum est de pecunia quæ a mutuatario non in negotiis gerendis sed in necessariis comparandis impendenda est; hæc enim pecunia nullum fructum ipsi parit; ejus enim dominium plenum et perfectum ad res necessarias comparandas in alterum transferre cogitur, eam non retinet neque in se neque in æquivalente, eique æque perit atque si physice consumatur. Sed ubi nullum damnum neque incommodum patitur mutuator, et nullum fructum percipit mutuatarius, nullus esse potest titulus ad aliquid supra sortem accipiendum, nisi commodum quod ex mutuo ipsi mutuatario provenit. Sed hoc commodum ejus proprium est, et ad ipsum solum pertinet, et sane iniquum esset ut mutuator lucrum exigeret pro re alterius. Sic Caius fugiens a sicario occurrit Julio, ex quo querit utra ex duabus viis ad oppidum proximum ire possit. Julius recusat viam indicare donec Caius promittat se ei soluturum mille libras si a sicario evaserit. Caius viam indicatam proseguendo tuto oppidum pervenit. At nisi Julius hanc viam indicasset, alia fugisset et a sicario occisus esset. Itaque actus Julii causa erat cur vita Caii servaretur, et quanquam conservatio vitæ ejus longe pretiosior ei erat mille libris, attamen nemo diceret eum hanc summam solvere teneri, neque ullam omnino

summam ex justitia commutativa; quia actus Julii ex communi hominum æstimatione pretio æstimabilis non erat, ideoque is pretium a Caio ob propriam hujus necessitatem et commodum exigebat. Sed nemo potest juste exigere pretium pro rebus alienis et præsertim a proprio earum domino.

419. Multi argentarii, nummularii, et mercatores in hac materia decipiuntur, quia non distinguunt inter ea quæ mutuo intrinseca sunt, et ea quæ huic contractui sunt extrinseca quæque ei neque semper neque necessario insunt. Quum autem ex mutuo pauperibus dato lucrum exigitur aut sine titulo extrinseco, aut ultra id quod ex hujusmodi titulo percipere licet, non tantum justitia sed etiam caritas gravissime violatur. Insuper etiam si dives mutuator titulum justum aliquid supra sortem exigendi habeat, non raro tenetur mutua parva, qualia a pauperibus plerumque requiruntur, gratis illis dare nihil supra sortem exigendo, atque si incrementum contra præceptum caritatis exigat, dum permanet necessitas tenetur ex caritate lucrum sic perceptum pauperi restituere, ut antea exposuimus.

Non est usura aliquid supra sortem accipere sine titulo extrinseco, dummodo lucrum ne detur et accipiatur ut debitum ex mutuo, puta si mutuator aliquid expectet ex gratitudine, neque si occasione mutui exigat ut mutuatarius sibi reddat rem quæ aliunde is ex justitia solvere tenetur. Sed usura esset, si mutuator pro mutuo exigeret ut mutuatarius aliquid sibi daret, quod non ex justitia sed ex alia virtute, v. g. ex pietate aut gratitudine, debitum est dummodo tamen mutuatarius ne moveretur occasione mutui ad rem ex mera pietate aut ex benevolentia reddendam. Si vero nova obligatio ex justitia imponatur aut si *aliquid supra sortem exigatur, tanquam ex benevolentia et gratitudine debitum*, usura est, ut patet ex propositione 42^a ab Innocent. XI. damnata. Ratio est, quia si hujusmodi obligationes indeterminatæ ut *debita* exigere possent, semper aliquid supra sortem ex ipso mutuo exigere liceret; quia ex ipso mutuo titulus gratitudinis semper exurgeret. Sed requiritur ad usuram ut id quod datur ex benevolentia aut gratitudine detur vi pacti. “Quæritur 2^o.” ait S. Alph. (a), “an mutuans possit retinere quod mutuatarius dedit non ex mera gratitudine, sed ex timore, ne alias mutuatio ei negetur in futurum? . . . Affirmant Laym. tr. 4, c. 16, n. 1. Lugo, &c., apud Salmant. c. 3, n. 35, quia ex S. Th. et communi, requiritur ad usuram ut detur *ex vi pacti*, sive ut debitum ex justitia; dari autem ex tali timore non efficit, ut detur in pretium; lex enim mutui non prohibet, ut alter nolit ingratus appa-

(a) De 7^o. præcepto, n. 763.

rere.” Ex dictis patet usuram esse si mutuator *pactum conficiat* cum mutuuario ut hic res quibus indigeat ab ipso emat; quia onus pretio æstimabile in mutuarium imponitur. Alio etiam modo non raro injustitiam committunt mutuatores qui hoc onus imponunt, quia vel pretium justo majus exigunt, vel bona deteriora pretio summo vendunt, non sine gravi damno eorum qui apud eos hæc bona emere coguntur.

Articulus secundus.

De titulis mutuo extrinsecis et pretio æstimabilibus ex quibus occasione mutui aliquid supra sortem juste exigi potest.

420. Plures hujusmodi numerantur tituli, quorum alii communiter admittuntur a theologis; de aliis vero graves controversiæ moventur. Præcipui qui numerantur tituli sunt 1^o damnum emergens; 2^o lucrum cessans et destinatio lucrativa; 3^o periculum sortis; 4^o pœna conventionalis; 5^o obligatio non repetendi sortem ante certum tempus; 6^o mutuum negotiationis; 7^o lex municipalis. His titulis quidam addunt donationem. (a) Sed donatio non magis connectitur cum mutuo quam cum alio actu beneficentiæ ex quo titulus gratitudinis naturaliter oritur, et ideo est potius contractus a mutuo prorsus diversus, quamquam occasione mutui, sicut cujuslibet alius beneficii, aliquid donari potest. Ideo tamen theologo de ea tractant, quum de mutuo disputant, quia timent ne quum occasione mutui donatio fit, aliquid supra sortem tanquam ex justitia debitum vi ipsius mutui exigatur. Jam diximus donationem etsi occasione et intuitu mutui detur, dummodo sit vera donatio, titulum esse justum, secundum pronuntiatum: “Nihil magis nostrum est quam id quod libenter nobis fuit donatum.” Ceterum ut cognoscatur in dubio utrum vera sit donatio, an tantummodo fucata, sequenda est regula quam in alia materia statuit Alexander 3. (b) “Cum in accipiendis vel dandis muneribus tria sunt maxime attendenda, personæ scilicet dantis et accipientis qualitas, quantitas muneris, et donationis. Qualitas personarum, ut a quo et cui, scilicet an a paupere diviti, vel e converso, sive a divite locupletis datum fuerit: æstimatio muneris et donationis tempus, si magni vel minoris pretii res data existat, et an instante necessitate, seu alio tempore conferatur.” De hoc casu sic habet

(a) Cf. Carrière de contract. n. 1168.

(b) Lib. 5, Decretalium (Greg., tit. 3, de Simonia, cap. 18, *Etsi quæstiones*.

S. Alph. (a) "Certum est licite posse mutuantem accipere a mutuuario dona liberalia. Si vero dubium sit, an mutuarius dederit gratis vel non? respondent Lessius, &c., quod si mutuans accepit munus in bona fide, potest superveniente dubio illud retinere; secus vero, si accepit cum dubio. Sed quid si accepit cum dubio positivo, sive cum probabilitate veræ donationis. Admittit Sporer posse retinere utens opinione probabili; sed communiter et recte id negant Less. &c., quia cum tali dubio nequit mutuator inchoare possessionem rei alienæ; item quia in dubio mutuarius regulariter præsumitur coacte dedisse, quia difficulter homines gratis sua largiuntur. Ceterum in hoc dubio deferendum est illi parti, pro qua est potior præsumptio: hinc aiunt Salmant., &c., præsumendum esse mutuarium moraliter certo donasse, si non sit *pauper aut avarus*, aut non dederit impulsus *ex metu*, neque ex molestia vel petitione mutuantis. Oppositum vero præsumitur si mutuans ante donationem significarit velle aliquid *ut sibi debitum*, aut si mutuarius sit *pauper*, vel non solitus donare, vel si solvat ante redditionem mutui; quia tunc facile præsumitur dare, ne cito cogatur ad mutuum reddendum." Hæc conformia sunt regulæ supra relatæ, quibus ex eadem regula addendum est rationem quantitatis muneris habendam esse; quia si sit parvum, præsumendum est mutuarium id ex gratitudine donasse, secus si sit magnum. De ceteris titulis supra relatis nunc agendum est.

Punctum Primum.

De damno emergente.

421. Damnum emergens est jactura quam mutuator ex mutuo patitur, aut se passurum esse prævidet. Sic Caius petit mutuum centum librarum a Julio, qui quum pecuniam ipsam non habeat, tenetur merces suas pretio viliori vendere, ad hanc summam obtinendam, aut si pecuniam habeat, prævidet se si eam mutuum Caio dederit, coactum iri res suas viliori pretio vendere, ut pecuniam comparet qua ad debitum suum solvendum indiget. Manifestum est hunc titulum esse justam rationem aliquid supra sortem accipiendi; est enim mutuo extrinsecus et pretio æstimabilis, ut patet; porro licitum est accipere compensationem ex titulo justo et qui est mutuo extrinsecus. Præterea nemo tenetur damnum subire ob beneficium alteri collatum; sed teneretur mutuator damnum subire ex beneficio collato, nisi

(a) De 7º. præcep. n. 761.

compensationem damni quod ex mutuo patitur juste exigere et accipere posset. Ut autem damnum emergens justus sit titulus, tres requiruntur conditiones; 1^a. ut mutuum sit vera causa damni; 2^a. ut æqualitas inter damnum et compensationem servetur; et 3^a. ut pactum de compensatione facienda tempore mutui ineatur.

Necessitas primæ conditionis ex dictis constat; sed inquiritur utrum si ipse mutuator usuras solvat pro pecunia mutua quam dat mutuatario, eandem usuram ratione damni emergentis a mutuatario exigere possit? Distinguendum est; vel enim primus mutuator lucrum juste exigit a primo mutuatario vel non; si juste exigit, utique primus mutuatarius compensationem pro rata a secundo mutuatario juste exigere potest, quia quoniam secundus mutuatarius partem pecuniæ mutuæ accipit, æquitas postulat ut justam etiam portionem incrementi solvat. Si vero lucrum sit injustum, secundum mutuum vel est causa quare primus mutuatarius hoc solvere cogatur, vel non. In primo casu tenetur secundus mutuatarius portionem debitam usuræ solvere, quia mutuum est vera causa damni; in secundo casu nihil exigere potest secundus mutuator, quia secundum mutuum non est causa damni. Sic si Caius mutua pecuniam a Julio sumpserit, pro qua lucrum injustum solvere cogitur, et partem istius pecuniæ mutua dederit Sylvio, ita tamen ut hanc partem neque Julio redditurus sit vel, quia summa tam parva sit ut eam reddere operæ pretium non habeat, vel quia ex pacto eam ante certum tempus Julius accipere nolit; neque alium habeat justum titulum quo lucrum ex eo percipere possit, non debet quidquam supra sortem exigere a Sylvio; quia si hoc faceret, lucrum vi ipsius mutui exigeret. Attamen hic ultimus casus nunc parum ad usum pertinet, ut ex dicendis patebit. Necessitas etiam secundæ conditionis, id est ut servetur æqualitas inter damnum et compensationem, quoque manifesta est. Si quantitas damni tempore mutui cognita sit, hoc ipsum damnum reparandum est. Si vero quantitas tum non sit cognita, pactum confici potest vel ut totum damnum quum evenerit reparetur, vel ut æstimetur periculum secundum judicium prudentium, et ut secundum hanc æstimationem summa solvenda ab initio determinetur. Primo modo potest mutuator pascisci de damno mere possibili, quia nullam injustitiam committit pactum ineundo, ut si forte damnum ei ex mutuo eveniat, hoc mutuatarius reparare teneatur. Secundus modus est in se licitus, quum mutuator *probabiliter* timet ne damnum sibi ex mutuo eveniat, dummodo tamen mutuatarius totum damnum quod timetur reparare ne teneatur, sed tantummodo quantum æstimari debet damnum prævisum

secundum iudicium prudentium: quia tunc est contractus, ut dicunt theologi, aleatorius, et etiamsi nullum aut minus damnum revera eveniat, damnum majus evenire poterit. Attamen si mutuatarius nolit hoc secundo modo contrahere, ad eum cogi non debet, nisi forte mutuator bona fide ad eum recurrat, quia timeat ne si primo modo contrahat lites oriantur, aut ne a justa compensatione obtinenda arceatur.

Necessitas etiam tertiæ conditionis, ut pactum de compensatione facienda, tempore contractus initi confici debeat, facile ostenditur; quia quum contractus mutui sit ex natura sua gratuitus, nisi aut explicite aut implicate convenerit, nullum auctarium a mutuatario exigi poterit. Præterea nisi pactum de hac re ab initio iniretur, si mutuator damnum enorme sive prævisum sive non prævisum ex mutuo sustineret, compensationem totius damni a mutuatario exigere posset, et ita eum sine ulla culpa in ruinam deducere. Si vero mutuatarius ex mora graviter culpabili rem mutuam tempore statuto non reddiderit, utique reparare tenebitur totum damnum inde proveniens, sicut in tractatu de restitutione, de possessore malæ fidei exponetur. Disputatur utrum necessarium sit monere mutuatarium de vero titulo an tantum de auctario. Affirmantem sententiam tenent Salmanticenses (a), Less. (b) et alii quos citat et sequitur, S. Alph. (c). Sed Lessius in loco citato hanc opinionem non tenet, sed tantummodo dicit se ad restituendum non coacturum esse mutuatorem qui quum habeat justum titulum attamen eum ignoret, sed bona fide putet se ex mutuo lucrum facere posse; quia velit juste lucrari et non aliter; attamen putat hic auctor non esse permittendum ut quis in posterum sic contrahat absque expresso titulo ob quem lucrum petat (d). Quod attinet vero ad quæstionem de qua tractamus, expresse docet necessarium non esse monere mutuatarium de vero titulo. "Adverte tamen," ait (e), "si revera ex mutuo tibi damnum impendeat, v. g. si ex mutuo 100 aureorum, certo sis accepturus detrimentum aureorum 10. non erit usuræ peccatum, etiamsi non monito mutuatario de hoc damno, paciscaris tibi reddi 110: ratio est, quia in re nulla est inæqualitas, quamvis ipse hoc ignoret, et existimet te ratione mutui exigere, et proinde des ei occasionem scandali." Sententiam Lessii sequuntur Lugo (f), Carriere (g), et plures alii; et nos quoque, propter rationem allatam eam probabiliorem puta-

(a) De contract. c. 3, n. 83.

(b) De Just. lib. 2, c. 20, n. 110.

(c) De 7^o. præcep., n. 769.

(d) Cf. loc. cit. nn. 109 et 110.

(e) Ibid. n. 74.

(f) Lugo Disp. 25, nn. 74 et 182.

(g) De contract. n. 1172 in fine.

mus, et ideo ex principio reflexo quod lex dubia non obliget, censemus eum qui sic lucrum percipiat ad restitutionem faciendam cogendum non esse, quamquam ad vitandum scandalum præmoneri debet mutuarius de vero titulo quem habet mutuator.

Punctum Secundum.

De lucro cessante et destinatione lucrativa.

422. *Lucrum cessans* est incrementum quod ex sua pecunia alio modo licito percepisset mutuator, si eam mutuam non dedisset. Itaque damnum emergens attinet ad imminutionem quam quis ex mutuo in suis rebus jam acquisitis patitur; lucrum cessans ad incrementum justum quod nisi ob mutuum fecisset. Lucrum cessans esse justum titulum aliquid supra sortem exigendi manifestum est, quia est titulus mutuo extrinsecus et prætio æstimabilis; et hoc nunc ab omnibus theologis admittitur. Sed ut hic titulus sit justus requiritur 1°. ut lucrum sit aut certum aut saltem probabile; quia mera possibilitas lucri non est pretio æstimabilis, et præterea hæc videtur esse mutuo intrinseca. Itaque ut titulus sit justus, debet mutuator habere mentem pecuniam impendendi ad lucrum faciendum, et probabilem spem lucri faciendi. Requiritur 2°. ut mutuum sit causa lucri cessantis; 3°. ut auctarium tempore mutui in pactum deducatur; et 4°. ut servetur æqualitas, ut supra de damno emergente exposuimus. De hac 4^a. conditione dicendum est, iniri posse pactum de lucro compensando in fine anni aut temporis in quod mutuum concessum est, aut secundum quantitatem quam alii mercatores ex eisdem negotiis percipiunt, vel quam ipse mutuator percipit ex suis negotiis in quibus hanc pecuniam adhibuisset, si eam mutuam non dedisset; aut secundum probabilem spem quam habuit lucrum ex pecunia mutua faciendi. Dicunt quidam auctores (a), cogendum non esse mutuatarium hoc secundo modo contrahere si ipse primo modo pacisci mavult. Sed si æstimatio sit justa, nulla ex hoc capite orietur inæqualitas, ut ex eis quæ de damno emergente diximus liquet, et hoc modo lucrum computandi litium periculum evitatur. (b) Compensatio aut exigi non debet eo tempore quo conceditur mutuum, sed vel tempore in quod concessum est finito, vel aliis temporibus præfinitis ut singulis trimestribus spatiis, aut annis; aut si statim exigitur, pro rata minui debet incrementum quod ob mutuum cessans exigitur.

(a) Cf. Lugo disp. 25, n. 105.

(b) Cf. S. Alph. de 7^o præcep., n. 770.

Aliter si Caius centum libras mutuas vellet accipere a Julio, pacto inito ut ratione lucri cessantis quinas libras quotannis solveret, Julius vero incrementum ab initio retineret, Caius nunquam centum, sed tantum quinque et nonaginta acciperet. Attamen quum lucrum ex justo titulo exigitur, et solutio fit eo tempore, quod ex consuetudine argentariorum publicorum et probatorum stabilitur, præsumendum est lucrum debito modo propter anticipatam solutionem minui, et ideo mutuatores qui bona fide sequuntur usum communiter et publice probatum, ex hoc capite non sunt inquietandi.

Sed inquiritur an aliquid ex auctario deducendum sit ob laborem quem in lucro faciendo adhibere debuerit mutuator? "Si mutuans," ait Lugo (a), "non vellet ex se laborem suum pecunia redimere, sed vellet potius laborare, quam aliquid lucri amittere, poterit totum lucrum cessans exigere a mutuuario; secus si vellet ex se laborem suum parte lucri redimere, . . . Possumus autem rationem a priori hujus differentię reddere, quia quando compenso tibi totum lucrum quod mea causa tibi cessat, *videtur intercedere ultra mutuum contractus quidam quasi emptionis, vel innominatus.*" Itaque duplex est contractus 1^o. explicitus mutui ex quo 10 v. g. supra sortem ratione lucri cessantis pro centenis exigitur; et 2^o, implicitus venditionis et emptionis; emit enim immunitatem a labore mutuator, et vendit excessum sui laboris mutuarius, ita ut tantum quinque loco decem solvere teneatur. Si vero mutuator nolit laborem pretio redimere, ad id cogi "non potest, sed tenetur, si hoc postulet mutuarius, debitam partem laboris subire. Si vero hoc non exigat mutuarius, censetur hanc partem condonare, et non magis cogi potest mutuator pecuniam pro suo otio solvere, quam concedere ut quod sibi debetur labore, non pecunia numerata solvatur. Unde infero (b), in lucro ex mera negotiatione cessante parum aut nihil detrahi debere pro labore mercatoris, is enim modicissimus excusatur occasione mutui: nam sicut aliam pecuniam expositurus est adhuc negotiationi, vel alias merces venditurus; eodem vere labore hanc pecuniam simul negotiationi exponeret, vel has merces vendidisset, nec videtur haberi ratio laboris illius, qui hac occasione excusatur. Aliter vero dicendum videtur de opifice cujus labor considerabilis est; quare otium a tali labore frequenter æstimabilis est ab opifice, et ideo facilius debet aliquid intuitu illius laboris de lucro extrahi; quando tamen opifex nollet suum laborem redimere," ad hoc faciendum a mutuuario cogi nequit.

423. *Destinatio lucrativa* eadem res est ac lucrum cessans, quum

(a) Disp. 25, n. 98.

(b) Id. Ibid., n. 99.

lucrum non est certum sed tantum probabile; et ideo ut sit justus titulus, in eo servandæ sunt conditiones quas supra exposuimus. Et in hoc casu licitum est ut diximus pacisci ab initio de certa summa solvenda, “debita servata proportionē,” ait S. Alph. (a), “juxta timorem damni, vel spem lucri futuri. Ratio, quia debita æqualitas jam bene servatur; nam sicut damno non eveniente, lucraretur mutuans, ita contra, eveniente damno, lucrabitur mutuatarius. Nec refert quod damnum eventurum postmodum non accidat: quia pactum de auctario non fit pro damno futuro quod forte eveniet, sed pro periculo ejus probabili quod actu supponitur. . . . Ob eandem rationem probabiliter ait Bonac. d. 3, p. 4, n. 13, mutuatorem, qui non certo, sed tantum *probabiliter erat destinaturus pecuniam ad negotiationem*, posse aliquid exigere pro rata probabilitatis (non autem possibilitatis), possibilitas enim est mera potentia, seu non repugnantia applicationis: unde mutuator ex ea nullum habet actuale et positivum fundamentum lucri futuri, sed tantum negativum. E converso probabilitas lucri futuri habet quidem positivum fundamentum talis lucri, sive spei istius, et ideo est pretio æstimabilis. Quod si mutuator solum animo pendeat, velit an non negotiari, adhuc affirmant Tamburini et Lugo cum Salas eum posse aliquid exigere, quia pariter est pretio æstimabile, privare se in gratiam mutuarii hac potestate deliberandi, destinandique pecuniam ad negotium, cum non teneatur gratis ea spe et potestate privari: prout si quis hæreat, an cras possit aut velit vel ne piscari, bene potest aliquid exigere, si in gratiam tui se obligat ad non piscandum. Et hoc neque improbable videtur, cum hæc privatio obligatoria, cum teneatur mutuator non repetere mutuum per aliquod tempus, est aliquo pretio æstimabilis.” Observandum insuper in hujusmodi dubiis juris neminem abstinere teneri a contrahendo cum proprio suo damno, quia lex dubia non obligat; et a fortiore si tale lucrum bona fide acceperit, ad restitutionem obligari non debet, quia tunc in ejus favorem valet principium *melior est conditio possidentis*.

424. Quærit S. Alph. (b): “An possis exigere lucrum cessans ob mutuum pecuniæ destinatæ ad negotiandum, si aliam pecuniam habeas non destinatam, quam tamen negotiationi substituere posses? Et quidem si illam aliam pecuniam reservasses ad usum familiæ, ad filias dotandas, vel ne tuum statum periculo exponas, tunc licite exiges lucrum cessans, quia non teneris ratione mutui tuam providentiam negligere. Sed dubium est, si sine tali incommodo posses aliam pecuniam supponere. Negant

(a) Loc. cit.

(b) Ibid. n. 771 et seq.

alii probabiliter, quia tunc tibi non cessat lucrum ex causa mutui. Sed Less. Mol. Lugo, Croix, &c., affirmant, posito quod statueris illam solam pecuniam negotiationi et periculo exponere, licite posse petere lucrum cessans, quia vere mutuatio est causa, ut tibi cesset lucrum speratum ex illa pecunia; nec teneris in gratiam mutuatarii pecuniam non destinatam negotiationi exponere."

Quid vero "si pecuniam non destinaveris absolute, sed conditionate ad negotium, ut si dicas: vellem negotiari, nisi multi peterent mutuum," tunc licetne exigere interesse? Less. dicit probabile esse, id licere; nam etsi ob multitudinem mutuum accipientium nulla mutuatio sit causa de se, sed omnes simul sint causa lucri cessantis, attamen verum est, quod tu, ut isti mutues, jam de facto lucro privaris, et ex alia parte mutuatarii in hoc non putant "injuriam sibi fieri. Et idem sentiunt Layman, &c. Sed dices: iste usuram committit, quia efficaciter vult lucrari ex mutuo, et ineffaciter ex negotiatione. At responderi potest: iste quamvis habeat voluntatem inefficacem negotiandi, vult tamen *efficaciter juste lucrari, et quia jam potest juste lucrari ex negotiatione, ideo juste lucratur ex mutuo*, cum mutuum sit huic vera et efficax causa, ut lucrum ex negotiatione ipsi cesset Recte vero advertit. Less. non facile hoc admittendum ob periculum palliandi usuras; nam (ut notant Bos. hic cum Tol.), ut quis ab usuræ labe sit immunis, malle debet lucrari negotiando quam mutuando, et mutuare debet tantum in gratiam mutuatarii."

425. Quoniam quæstio quam tractamus magni momenti est, ut infra videbitur, juvat quædam ex ipso Less. quem hic sequitur S. Alph. proferre. "Etsi," ait (a), "nulla particularis mutuatio seorsim spectata, sit causa; tamen omnes collectim sumptæ sunt causa totius lucri cessantis, nam ut mutues passim occurrentibus, abstines a negotiatione, et subis detrimentum lucri inde proveniunt: quare cum omnes collectim sicut causa, potest onus compensandi hoc lucrum distribui in singulas mutationes, secundum cujusque proportionem, sicut quando multi collectim sunt causa alicujus damni, onus restitutionis debet distribui in singulos, prout quisque ad illud damnum est cooperatus. Simile videmus in Monte pietatis, ubi onus distribuitur in singulos mutuatores . . . Si quis præsciret in particulari quinam essent petitori, possit abstinere a mercatura ut pecuniam habeat paratam, et quando peterent exigere interesse; tunc enim certæ et determinatæ mutationes essent causa lucri cessantis: ergo idem licitum erit, etiamsi nesciantur in particulari; quid enim refert

(a) De just. lib. 2, c. 20, n. 91, et seq.

ad justitiam, utrum scias in particulari qui sint, an in genere, esse aliquos? hinc enim non pendet ratio æqualitatis, de qua sola nunc quærimus. Mutuatarii in hoc casu non putant sibi fieri injuriam, imo æquum censent, ut ei compensetur quantum spes lucri per negotiationem (quam causa mutui reliquit) consequendi valebat . . . Ob has rationes hæc sententia olim visa est mihi probabilis, et etiam nunc videtur, præsertim speculative considerata; modo ille non exigit amplius quam spes illa lucri, detracta laborum et expensarum æstimatione, valebat; et semper retineat animum negotiandi illa pecunia, si mutuum non peteretur. In praxi tamen ob periculum palliandi usuras, non est facile admittenda; post factum tamen, non ausim cogere ad restitutionem."

426. Quæritur, "utrum," ait. S. Alph. (a) "si quis bona fide ineat *contractum usuarium*, et lucrum exigit, re postea cognita, possit illud retinere, si vere poterat contrahere ex justo aliquo titulo, nempe ratione periculi lucri cessantis, &c.? Prima sententia affirmat, quia quisquis bona fide contrahit, semper intendit contrahere modo licito, quo potest. Ideo enim hoc tali modo contraxit, quia licitum putavit: quare virtualiter intendit contrahere quocumque licito modo, quo contractus cohonestari poterat. Ita Lugo, &c. Secunda tamen verior sententia, quam tenent Salmanticenses, Lessius, &c., negat posse eo casu mutuatorem lucrum perceptum retinere. Ratio, quia minime dici potest ipsum voluntatem virtuales sive implicitam habuisse, cum non de alio contractu quam de usurario cogitaverit; eo casu tantum habuisse voluntatem interpretativam, quæ non sufficit ad contrahendum." Sed de hoc casu observandum est 1^o. rationem allatam qua inniti dicuntur Lugo et alii qui tenent lucrum in casu allato retineri posse, ab ipso Lugone rejici. "Quinto," ait (b), "arguunt (quidam qui hanc tuentur sententiam), quia saltem intervenit voluntas implicita sufficiens in mutuante, ad quam sufficit intentio virtualis quam negotiator diligens videtur habere: si enim rogaretur, diceret hanc esse intentionem et mentem suam in omni contractu. Sed videndum est qualis sit hæc intentio virtualis: si enim sit *aliqua voluntas generalis præterita, virtualiter manens, et ex qua saltem mediate et remote procedat hic contractus*, nulla est difficultas. Si vero sit *solum habitualis et conditionata, quatenus si interrogaretur aut recordaretur, illam haberet*, nunquam vero habuit, non videtur ejusmodi voluntas sufficiens ad contrahendum, cum nullo prorsus modo influat."

(a) Loc. cit, n. 773.

(b) De just. disp. 25, n. 181,

Observandum est 2°. ex Salmant. (a), “Casum esse frequentissimum et ad praxim ejus notitiam valde necessariam, quia multoties ignorantes errant mutui celebrando contractum; et quem poterant juste inire, ob inscitiam vel oblivionem injuste faciunt. Das mutuum Petro, et ob illud lucrum exigis, usuram committis, quia per titulum injustum rem alterius accipis; sed poteras, vel per triplicem contractum (nemp̃e) societatis, assecurationis, et venditionis illud ipsum lucrum accipere (modo quo infra dicemus), vel ratione periculi, et lucri cessantis, quia vel impediris a justa negotiatione, vel cum alio justo contractu poteras lucrum reportare, vel ratione damni emergentis.”

Observandum est 3°. auctores qui negant lucrum modo prædicto perceptum retineri posse agnoscere: “Aliquos esse casus in quibus vera est contraria sententia. Primus, si contrahens *expresse intendit omni titulo justo, quo potest, contrahere*. Secundus, si virtute, et implicite aliquem titulum justum intendat, vel quia intendit eo modo, quo audit viros pios, et artis peritos contrahere, vel eo titulo reportare lucrum *quo scit passim a mercatoribus talis loci fœnerari*, vel si *ex vi propositi antecedentis, quo statuit solum omni titulo justo* se contracturum, se applicet ad istum contractum, quia etiamsi tum actu non cogitet, implicite intendit ita contrahere.” (b) S. Alph. quoque dicit si, “tam mutuator tam mutuatarius *expresse vel implicite* consentiant in titulum justum, saltem *explicite* intendentes contrahere omni meliori modo quo possunt; hoc sat probabiliter sufficere ad exigendum id quod licite exigere poterat ex illo justo titulo quamvis non expresso (c).

427. Quod attinet vero ad sententiam Lugonis, is probat eam quia 1°. non deest consensus ex parte mutuatarii, quia ad hoc non requiritur, ut jam diximus, ut titulus quo lucrum exigitur ei manifestetur, sed sufficit ut titulus revera existat, et ut pactum de lucro exigendo ab initio ineatur. Et sane mutuator rationes sufficientes habere potest, quare titulum justum non manifestaret, et ut eo tacito justam compensationem exigeret. “Cum ergo,” ait (d), “ex parte mutuatarii non desit consensus sufficiens ad contrahendum et promittendum ratione tituli justii latentis restat videre an ex parte mutuantis sit etiam intentio sufficiens quæ se extendat ad titulum justum quem ignorat. Distinguendum autem videtur: nam vel mutuans scit onus quod suscipit ultra mercem mutuatam, ratione cujus potest lucrum exigere, vel illud ignorat. In secundo casu requiruntur conditiones a Lessio

(a) De contract. c. 3, n. 37, et seq.

(b) Salmant. loc. cit. n. 40.

(c) De 3°. præcep. n. 773.

(d) De just. disp. 25, nn. 132 et 133.

assignatæ, ut lucrum exigere aut retinere possit, quia non habuit ullam voluntatem etiam virtuales vendendi illud onus, sed solum habituales et conditionatam quam habuisset si scivisset; quæ voluntas, ut diximus, non videtur ad verum contractum sufficere. In primo autem casu videtur jam dari sufficiens voluntas confusa, atque ideo quando bona fide contraxit, poterit exigere et retinere justum lucrum, licet tempore contractus ignoraverit se posse pro illo onere pretium exigere. Ratio hujus ultimæ partis ea esse potest, quia dum mutuans, vel contrahens scit quid ex parte sua det, nempe non solum mutuum, sed cum tali onere superaddito, et pretium exigit, non videtur exigere pretium pro solo mutuo in communi, *sed pro mutuo hoc, qualiter in his circumstantiis est: totum enim hoc vult ex parte sua subire in gratiam mutuatarii*: in toto autem hoc complexo, licet aliquid sit pro quo non potest pretium exigere, nempe mutuum; aliquid tamen est pro quo possit, nempe illud onus superadditum. Cum ergo ex parte sua velit ponere totum hoc complexum cum toto hoc onere, et ad hoc totum se obliget, jam videtur implicite et in confuso velle totum hoc vendere, et pretium accipere pro tali mutuo, quatenus hoc mutuum pretio compensari potest . . . Si ergo est aliqua pars in hoc complexo digna toto illo pretio, pro illa parte potest pretium accipere . . . Hinc ergo fit, quod mutuans præviso lucro cessante, damno emergente, periculo sortis, vel expensarum ad recuperandam sortem; et exigens lucrum pro mutuo, jam implicite vult vendere illa onera, et pretium exigit pro tota illa obligatione, et difficultate quam subit, quam difficultatem certe subire nolle nisi pretium pro mutuo, vel pro toto illo complexo daretur: habet ergo voluntatem saltem confusam vendendi simul difficultatem illam quam prænovit."

Hæc opinio his rationibus suffulta nobis satis probabilis videtur, ideoque existimamus eum qui hoc modo incrementum acceperit, ad restitutionem faciendam minimi cogi debere, quoniam in dubio melior est conditio possidentis. Ceterum parum ad usum attinet; quoniam enim ii qui contrariam sententiam tuentur admittunt mutuatore posse in casu de quo agimus auctarium juste retinere, si aut *expresse* voluerit lucrum facere quocumque modo juste possit, aut *implicite* aliquem titulum justum intendat, eo modo quo audiat viros pios in his rebus contrahere, aut si voluerit eo titulo lucrum consequi, quo sciat *passim mercatores illius loci pecunias fenerari*, nullus in *praxi*, ut dicitur, qui justum titulum extrinsecum habeat, ad restitutionem ideo tenebitur, quod in pacto conficiendo hunc titulum neque explicite neque implicite intenderit. Quum enim homo justus pactum de auctario ex mutuo percipiendo conficit, minime titulos extrinsecos excludit,

sed semper vult ex hoc mutuo *in concreto*, ideo *implicite* omni *justo modo quo potest* lucrum facere. Quinimmo dicendum videtur Caium qui scit damnum sibi venturum esse aut lucrum cessaturum ex mutuo, falso tamen putat se aliquid supra sortem ex his titulis exigere non posse, ideoque pactum de incremento ex hoc mutuo accipiendo mala fide conficit, injuste non facere neque ad restitutionem teneri. Vult enim lucrum ex hoc contractu non vi præcise mutui, sed ex toto contractu habita ratione omnium circumstantiarum percipere, quod juste facere potest, quamquam propter conscientiam erroneam graviter peccat. Et hæc sententia valde firmatur responsione data a Cong. S. Officii die 17 Jan. 1838 ad episcopum Nicæensem sciscitantem: “An pœnitentes qui moderatum lucrum, solo legis titulo, ex mutuo *dubia vel mala fide* perceperunt, absolvi sacramentaliter possint, *nullo imposito restitutionis onere*, dummodo de patrato ob dubiam vel malam fidem peccato sincere doleant, et filiali obedientia parati sint stare mandatis S. Sedis? Cong. S. Officii respondit *affirmative*, dummodo parati sint stare mandatis S. Sedis.”

Punctum Tertium.

De periculo sortis.

428. Periculum sortis est timor probabilis ex parte mutuatoris tempore mutui concessi existens ne ipsam sortem recuperare non possit. Hic titulus olim ab omnibus theologis admissus non est, sed nunc ab omnibus fere accipitur. Ut autem rite intelligatur, distinguendum est inter periculum *juris* et periculum *facti*. Periculum juris est periculum quod is subit cui res peritura sit si forte pereat. Secluso pacto hoc periculum ad mutuatarium attinet, qui re mutuata pereunte aliam ejusdem bonitatis reddere tenetur. Si vero hoc periculum per pactum speciale in se suscipit mutuator, ita ut sorte in aliquo negotio, aut in aliqua clade pereunte mutuatarius aliam reddere ne teneatur, novus contractus assecurationis inter ipsum et mutuatorem conficitur, ex quo hic, sicut quilibet alius qui de sorte cavet, justum pretium accipere potest. Periculum facti existit, quum etsi mutuatarius rem debitam tempore statuto reddere tenetur, attamen mutuator timet ne illam non restituat. De periculo facti nunc agendum est. Duplex hujusmodi periculum a multis distinguitur, ordinarium et extraordinarium. Periculum ordinarium seu commune illud est quod in omni mutuo adest, quale est periculum ne argentaria, aut mercator, aut alius solvendo non sit, ob aliquam inopinatam cladem, v. g. quia alia argentaria, aut plures mercatores qui sum-

mas ingentes ei debeant præter expectationem foro cesserint; aut ne societates ditissimæ, quæ fidem de compensandis damnis ex incendio aut ex naufragio acceptis interposuere, calamitatibus tam magnis atque inopinatis ita obruantur ut totum damnum de quo compensando caverint reparare nequeant. Quod nuperrime in Statibus Federatis Americæ septentrionalis accidit, ubi magna parte Bostoniæ urbis igne consumpta, societates Americane quæ de his damnis compensandis fidem suam interposuerant, nonnisi dimidiam partem damni illati compensare potuerunt. Periculum extraordinarium illud est quod non in omni mutuo necessario adest, et ideo mutuo intrinsecum non est, sed in aliquo mutuo speciali habita ratione circumstantiarum reperitur. Exempla hujus periculi dat S. Alph. (a); “nempe si detur mutuum *homini dubiæ fidei, vel pauperi* (intellige, si ipsi des mutuum, præter id quod tu præcise teneris ex præcepto illi mutuare, ad ejus præsentem inopiam sublevandam). Dummodo 2º. non recuses assecurationem sortis, si tibi offeratur, *per pignus*, aut *fideijussionem*, et non cogas mutuatarium ad tale periculum transigendum. Cæterum bene exigere potes a mutuatario id quod alter tibi daret pro *assecuracione sortis*, licet mutuum postmodum integre tibi reddatur. Ratio quia te exponere periculo, vere est pretio æstimabile.” Quicquid ergo est de præfata distinctione periculi in ordinarium et extraordinarium, certum est periculum verum et probabile et non tantum possibile titulum esse justum quo aliquid supra sortem exigi possit; quia ut ait S. Thom. (b), “Res quæ extra periculum possidentur ejusdem speciei, plus æstimantur quam eadem existentes in periculo; et ideo ad naturam rei convertitur recompensatio, quæ propter periculum æstimatur plus vel minus valere.”

429. Hæc sententia confirmatur simul et illustratur ex declaratione S. C. de Propaganda Fide quæ in Bullario Pontif. ejusdem S. C. invenitur (c). Missionarii plures quæstiones S. C. proposuerunt, inter quas hæc tertia erat. “In præfato regno lege stabilitum est, ut in mutuo triginta pro centum accipiantur absque respectu lucri cessantis aut damni emergentis. Quæritur utrum Chinensibus sit licitum pro pecuniarum suarum mutuo, licet non interveniat lucrum cessans aut damnum emergens, prædictam pro centum triginta quantitatem lege regni taxatam accipere; et causa dubitationis est, quia *in recuperanda pecunia est aliquod periculum, scilicet quod qui accipit mutuatum fugiat, vel quod tardet in solvendo*, vel quod necessarium sit coram judice repetere, vel

(a) De 7º. præcep. n. 765.

(b) Opusc. 75, cap. 6, ap. S. Alph. loc. cit.

(c) Tom. 1, p. 123.

propter alia hujusmodi.—Censuerunt (EE. et RD. DD. CC.) ratione mutui *immediate et præcise* nihil esse accipiendum ultra sortem principalem: si vero aliquid accipiant *ratione periculi probabilis imminantis, prout in casu, non esse inquietandos, dummodo habeatur ratio qualitatis periculi et probabilitatis ejusdem, et servata proportione inter periculum et id quod accipitur.*” Hanc resolutionem approbavit SS. (Innocent X.), et insuper mandavit: “Ad conservandam uniformitatem in prædicatione ejusque praxi, omnibus et singulis missionariis. . . . sub pœna excommunicationis latæ sententiæ Sanct. suæ et Sedi Apost. specialiter reservatæ, districtè præcipiendo, . . . quatenus præfata responsa et resolutiones diligenter observent, illisque in praxi utantur, ac ab aliis ad quos pertinebit observari et practicari faciant, donec S. sua vel S. Sedes Apost. aliud ordinaverit” (a).

Simile responsum pro missione Japonica latum profert Ballerini (b). Quæsitum est; “utrum liceat ex Japanis consuetudine mutuam dare pecuniam ad rationem viginti aut triginta in centum, *cum cautione aut sine cautione capitalis*—R. Nihil ratione mutui præcise exigi posse titulo lucri: in damno emergente, lucro cessante, *societate negotiationis, aut obligatione pretio æstimabili, constitui debere quantitatem lucri, communi æstimatione definiendam, minori semper proventu cum adest securitas, quæ et ipsa pretio redimi potest.* Super his monendos et instruendos contrahentes, et publica auctoritate præscribendam formam contractus.”

430. Ex his omnibus clare patet hunc titulum positis debitis conditionibus justum esse. Tres vero conditiones requiruntur: 1^a. est ut periculum sit verum et probabilibus conjecturis innixum; 2^a. ut incrementum in pactum deducatur, quem ad modum supra de damno emergente expositum est; 3^a. ut plus ne exigatur, quam a peritis in hujusmodi materia æstimetur. Auctarium vero exigi non debet contra debitum caritatis et eleemosynæ, ut jam exposuimus, et ideo quum mutuator summam aliquam mutuam pauperi dare tenetur ex præcepto caritatis, nullo incremento accepto, utique incrementum exigendo violat caritatem, et quamdiu necessitas mutuatarii permanebit, summam sic acceptam ex virtute caritatis restituere tenebitur.

Ex decisionibus allatis et ex aliis infra adducendis patebit in aliquibus locis vel temporibus in omni mutuo concurrere posse titulum vi cujus aliquid supra sortem accipere liceat; quum enim hic titulus ex ipsa mutui natura non oriatur, sed ex circumstantiis specialibus alicujus loci, vel temporis, minime obsta-

(a) Tom. 1, p. 131.

(b) Ap. Carriere loc. cit.

bit ne doctrina quæ docet nullum lucrum ex ipso mutuo accipi posse semper firma et vera permaneat. Neque hoc ullo modo doctrinæ Encyclicæ *vix pervenit* opponitur, ut infra demonstrabitur.

Objicitur contra sententiam expositam, quod pecunia in manibus furis est in summo periculo; atqui ad nihil tenetur ratione hujus periculi; ergo neque tenetur mutuatarius. Resp. S. Alph. (a): “Nemo dubitat quin ob damnum emergens possit mutuans aliquid ultra sortem exigere, et tamen, si damnum non est deductum in pactum, nihil potest exigere . . . Ergo damnum emergens nec etiam est titulus accipiendi ultra sortem, sed bene est titulus juste deducendi in pactum exactionem. Ita a pari, periculum sine pacto non est titulus percipiendi aliquid ultra sortem, sed bene est titulus juste paciscendi, cum mutuans in gratiam alterius in se suscipiat periculi onus, quod per se est pretio æstimabile. Fur autem, quia inter ipsum et dominum nullum pactum intercessit, ideo nihil ultra sortem tenetur restituere . . . Sicut ergo (mutuans) potest juste pacisci aliquid exacturum ob damnum emergens certum, sic etiam, ut exigit aliquid (etsi minus) ob damnum probabile. . . . Ideo bene ait Tourn. p. 500, quod creditum periculosum non potest tanti vendi, quanti securum.” Ex hoc etiam deduci potest regula ad damnum æstimandum. Tantum enim erit damnum quantum quis tempore mutui, cognitis omnibus circumstantiis, exiget ad cavendum, ut deficiente mutuatario, ipse sortem tempore debito mutuatori reddat; vel quantum sorte vendita, ejus pretium minuetur, ex hac sola causa, quod mutuatarius eam debito tempore non restituet.

Punctum Quartum.

De pœna conventionali.

431. Pœna conventionalis est pactum quo mutuatarius se obligat ad auctarium in modum pœnæ solvendum, si tempore statuto sortem non reddat. Licitum esse hoc pactum tenent communiter theologi. “Ratio autem,” ait S. Alph. (b), “cur hoc pactum sit licitum, est quia talis pœna apponitur, ut contractus firmitati consulatur, et avertatur negligentia mutuatarii. Ad licite vero hoc pactum apponendum requiritur, 1. ut mora debitoris sit notabilis et culpabilis; et 2. (ut pœna apposita sit moderata et culpæ proportionata) . . . An autem dicta pœna

(a) Loc. cit.

(b) De 7^o. præcept, nn. 766, 767.

debeatur ante iudicis sententiam? Negant Sauch. &c.; oppositum tamen tenent probabilius Collet, Less., Salmant., &c., quia hæc pœna magis habet rationem pacti quam pœnæ." Sed si mora sit inculpabilis, quæritur utrum pactum quo mutuatarius tenetur aliquid supra sortem etiam in eo casu solvere sit justum? Certum videtur mutuatorem posse in hoc casu pactum tempore mutui conficere, quo mutuatarius, re tempore statuto non reddita, tenebitur omnia damna quæ ex mora sustineat mutuator compensare, et etiam aliquid dare ratione periculi cui alter subicitur sortem amittendi. Si vero mora sit inculpabilis, et mutuator nullum damnum patiatur neque periculo subiciatur, pactum de auctario augendo ob solam moram foret injustum; sed, ut infra videbimus hic casus parum aut nihil ad usum attinet; quia nisi summa solvenda sit parva, aut nisi mora sit brevis, semper nunc existunt alii tituli extrinseci, quia ex mora damnum pretio æstimabile patitur mutuator, ad quod compensandum ut jam diximus pactum confici potest.

Punctum Quintum.

De obligatione non repetendi sortem ante certum tempus.

432. In hac materia duæ notandæ sunt propositiones damnatæ; 1^a. ab Innoc. xi. n. 41: "Cum numerata pecunia pretiosior sit numeranda, et nullus sit, qui non majoris faciat pecuniam præsentem, quam futuram, potest creditor aliquid ultra sortem a mutuatorio exigere, et eo titulo ab usura excusari: 2^a. ab Alex. vii. n. 42: Licitum est mutuanti aliquid ultra sortem exigere, si se obligat ad non repetendam sortem usque ad certum tempus." De hac secunda propositione dicit S. Alph. (a): "Ista propositio merito damnata est; quia per illa verba nimis generalia comprehendebatur cujuscumque temporis expectatio, etiam ea quæ mutuo est intrinseca: non autem ibi prohibetur aliquid exigi pro obligatione expectandi *per tempus extraordinarium, quæ obligatio est mutuo extrinseca. Et hic obiter notandum nonnullos induci ad reprobandas cunctas opiniones, quæ aliquam similitudinem habent cum propositionibus damnatis, inepte putantes eas ita generaliter proscribi, ut nullam patiantur exceptionem, vel justam interpretationem.* Quod revera est contra naturam propositionum damnatarum; juxta enim omnium doctorum consensum, non sunt clausis oculis rejiciendæ omnes opiniones, nisi expresse aut virtualiter in proscriptis contineantur. Cæterum, regulariter lo-

(a) De 7^o. præcep. n. 760.

quando, propositiones damnatæ intelligendæ sunt ut jacent, et in sensu riguroso, atque ab auctoribus illarum intento. Præterquam quod quædam opiniones (prout dici potest esse hanc, de qua loquimur) damnatæ sunt, quia nimis generaliter loquebantur, et ideo non sunt extendendæ ad omnes casus particulares, qui propter aliquam momentosam circumstantiam distinguuntur.”

De ipso autem titulo tres sunt opiniones; 1^a. negat quidquam exigi posse pro obligatione sortem ante longum intervallum v. g. unius anni (a), aut duorum vel trium annorum (b) non repetendi. 2^a. affirmat pactum ad aliquid supra sortem exigendum juste in hoc casu confici posse; 3^a. dicit: “quod per se loquendo, præcise ratione majoris temporis, usura erit. At quia moraliter loquendo, qui per multum tempus se obligat expectare, exponitur non solum periculo, vel damno emergenti, aut lucro cessanti, sed etiam pluribus aliis incommoditatibus; cum moraliter sit impossibile, quod per multum tempus non occurrant homini necessitates, et occasiones dispensandi pecunias, ratione hujus specialis incommoditatis potest ultra sortem aliquid exigere: sicut ob eandem rationem propter obligationem mutuandi potest tale pretium petere, quia pretio est æstimabile privare se illo instrumento cum incommoditate recensita.” (c)

433. Ad secundam sententiam, quam sua probabilitate non carere dicit, satis inclinatur S. Alph., qui ait: “Cuilibet mutuo est quidem intrinseca obligatio expectandi per aliquod tempus ordinarium; verumtamen mutuo in particulari, cum pacto expectandi per tempus extraordinarium, non est intrinseca, sed omnino extrinseca talis obligatio; et ideo illa non procedit ex liberalitate, sed ex justitia, ratione pacti quod ex justitia obligat ad expectandum pro tanto tempore. Hinc, si mutuans aliquid accipiat pro tali obligatione, rite accipit, non ratione commoditatis, qua privatur, sed ratione oneris ex pacto sibi impositi, quod onus utique est pretio æstimabile, ut fatetur ipse Lugo disp. 25, n. 24.” (d)

Nobis videtur totam quæestionem versari circa hanc conditionem, utrum mera obligatio sortem ante duos vel tres annos non repetendi, excluso omni alio titulo damni, periculi &c. sit pretio æstimabilis. Certe si ut doctores communiter admittunt, teste S. Alph. (e), obligatio mutuum dandi in futuro, sit onus pretio æstimabile, idem dicendum videtur de obligatione mutuum ante longum tempus non repetendi; quia obligatio non repetendi mutuum nisi post longum intervallum æquivalet obligationi

(a) Cf. Lugo. disp. 25, n. 18.

(b) Cf. ap. S. Alph. loc. cit.

(c) Salmant. de contrac. c. 3, n. 26.

(d) Loc. cit.

(e) Loc. cit.

novum mutuum futurum tempore ordinario elapso præstandi. Itaque *si nullus alius titulus aliquid supra sortem exigendi existeret*, nobis videtur aliquid exigi posse ex eo quod mutuum in tempus extraordinarium concedatur, si non ex hoc solo quod mutuum in tempus extraordinarium concessum est, saltem quia moraliter impossibile est ut ex obligatione pecuniam ante tempus extraordinarium non repetendi, incommodum æstimatione dignum non subeat mutuator. Sed re vera nunc in tali mutuo semper invenitur alius titulus, ut damnum emergens aut lucrum cessans, quia nemo nunc neque mercator neque nobilis magnam summam per aliquod tempus notabile otiosam in arca sua conservat. Quivis enim nunc, non quidem, ubique, sed apud omnes gentes excultas lucrum ex sua pecunia titulis justis facere potest. Itaque quum aliquis pecuniam habet, qua ipse non indiget, fere semper vult lucrum ex ea facere, aut emendo agros vel domos, aut eam fide publica collocando (*investing in the funds*), aut emendo partes rei communis societatum quæ vias ferreas instituunt et administrant, aut societatum quæ rem argentariam faciunt, aut earum quæ alia negotia gerunt. Itaque omnes volunt lucrum ex suis pecuniis facere quocumque modo juste possunt, et quoniam hi modi apud gentes excultas semper nunc inveniri possunt, hoc sufficit ad justum titulum extrinsecum efficiendum, vi cujus quis justum lucrum ex mutuo percipere potest. Quum itaque quisque alios titulos extrinsecos invenire potest ad justum lucrum percipiendum, omnino pendet ex circumstantiis utrum ratione temporis longinquioris in quod mutuum concessum est, aliquid exigi possit necne; aliquando enim longinquitas temporis non solum non erit incommodum mutuatori, sed etiam commodum ei afferret, et tunc sane fenus hac ratione non solum non debet augeri sed minui; aliquando ei incommodum æstimatione dignum afferret, propter quod fenus augeri potest. Sic quum Caius mille libras Julio mutuas dat eo pacto ut hic certam summam in modum feneris in singulos annos solvat, et ut agros suos oppigneret ad sortem tutam præstandam, summa quotannis solvenda non solum non augetur, sed potius minuitur propter longitudinem temporis in quod sors retinebitur. Ratio est, quia quamquam Caius majus lucrum ex sua pecunia aliis modis facere potest, attamen quum mutuum datur hoc modo, sors periculo non exponitur, et insuper labore et anxietate lucrum alio modo acquirendi ipse liberatur, et propter hoc commodum, quod pretio æstimabile est, lucrum annum minui debet, quod revera fit, ut infra exponemus. Quum vero mutuum datur mercatoribus, negotiatoribus, &c., nulla cautione aut non sufficiente interposita, semper periculo exponitur, habita ratione *eorum omnium* qui pecuniam mutuam v. g. ab

aliqua argentaria accipiunt, et quo longius est tempus in quod mutuum conceditur, eo majus est periculum ne sors non reddatur. Ob hanc rationem argentarii plerumque majus fenus exigunt quum pecuniam mutuam in tempus longum, quam quum in tempus breve dant. Aliam etiam ob rationem augetur fenus pecuniæ mutuae quæ in tempus longum datur ab argentariis et ab aliis qui pecunias fenerantur, quia plurimi mercatores, negotiatores, &c., quotidie pecunias mutuas exigunt, et quum mutua in tempus longum conceduntur, hoc obstat ne argentarii, &c., eis omnibus qui argentarias ad mutua postulanda frequentant satisfacere possint. Ex quo fit ut hi argentariam frequentare desinant, non sine damno argentariorum. Sed in his casibus fenus non augetur ob meram longitudinem temporis in quod pecunia mutua datur, sed propter periculum et damnum quod inde facile oriri existimatur. Itaque censemus fenus mutuae pecuniæ neque reapse augeri, neque augeri posse propter meram longitudinem temporis in quod conceditur; quia secluso periculo et damno, incommodum quod subit mutuator satis compensatur, quum fenus vulgare pecuniæ mutuae durante toto tempore mutui ei solvitur. Itaque nunc quum quis pecuniam mutuam dat in longum tempus cautione sufficiente non interposita, utique compensationem exigere potest, non quidem ex hac sola ratione in se sumpta, sed quia alios titulos justos secum affert.

. Punctum Sextum.

De mutuo negotiationis.

434. Quum probaremus usuram a lege naturali reprobamur, locuti sumus de rebus, primo usu consumptibilibus, et quæ in usum consumptionis destinatæ sunt, aut de pecuniis quæ ad hujusmodi res comparandas acceptæ sunt; ut separatim postea mutuum negotiationis tractaremus. Mutuum negotiationis illud est quo pecunia ad negotia gerenda, et ad lucrum faciendum, mercatoribus vel aliis conceditur. Jam diximus hunc contractum revera non parum differre a contractu quo res primo usu consumptibilis egent in usum consumptionis conceditur, sed eum verum esse mutuum et non alium contractum non dubitamus. Quum enim Caius mille libras tradit Julio cum obligatione totidem postea reddendi, hoc verum esse mutuum testatur communis sensus hominum. Talem enim contractum nomine locationis et conductionis [*letting and hiring*] nemo intelligeret. Si enim in tali casu Julius diceret: mille libras conduxì, quis non rideret? Et idem dicendum est de contractu trino, cujus naturam infra exponemus. Hic sufficit dicere eum constare ex contractu societatis [*partner-*

ship], cum assecuratione sortis, et venditione spei lucri majoris pro lucro minore et certo. Jamvero quidam recentiores tenent contractum trinum implicite saltem confici in omni mutuo negotiationis. Sed revera hoc repugnat communi hominum sensui; si enim Caius in casu prædicto diceret se contractum societatis iniisse cum Julio, eo quod mille libras mutuas ei dedisset, auditores putarent eum joculari velle. Neque species neque nomen contractus mutatur, quia Caius fenus exigit; omnes enim adhuc intelligunt hunc contractum verum esse mutuum, et non conductionem nec societatem. Insuper supra n. 403, in definitione mutui probavimus dominium non tantum speciei physicae sed etiam valoris in mutuo transferri. Non hic negamus posse Caium et Julium contractum trinum inire, ex quo etiam possit Julius justum lucrum facere, sed negamus hunc contractum tum implicite confici, quum merum mutuum negotiationis simpliciter initur.

435. Præterea si ideo incrementum accipere liceret, quia mutuum ad mercaturam faciendam datum esset, deberet intercedere pactum aut explicitum aut implicitum, quo commodatarius teneretur pecuniam mutuam in negotiis gerendis impendere. Sed revera nullum hujusmodi pactum inter mutuatorem et mutuatarium intercedit, et ille parum curat quo modo hic pecuniam impendat, dummodo sortem et incrementum tempore debito solvat. Et non tantum mercatoribus, sed et viris nobilibus, et ingenuis et innumeris alii, qui in nullo negotio versantur, pecuniæ mutuae sub onere feneris solvendi dantur; et si quando majus incrementum ex mercatoribus exigitur, hoc nullo modo fit quod mercatores magnum lucrum ex pecunia faciunt, alii autem nullum, et non raro eam in ludis, sponsonibus, &c., effundunt et dissipant; sed quia mutuatores minus periculum sortem perdendi subeunt. Non raro etiam, quum auctarium quod apud eos qui fenerantur [*in the money market*] obtineri potest parvum est, minus fenus exigitur a mercatoribus ad solvendum idoneis pro mutuis in breve tempus concessis, quam a nobilibus, &c., qui mutuum in longum tempus petunt; quia mutuatores valde probabilem spem habent futurum esse ut fenus non ita multo post augeatur. E contrario, quum fenus est magnum, minus ex nobilibus, &c., exigitur pro mutuo quod in longum tempus requiritur, quam a mercatoribus pro mutuis in breve tempus datis; quia mutuatarii tunc habent spem valde probabilem cito futurum esse ut fenus minuatur.

Non tamen negamus fenus quod pro usu pecuniæ mutuae solvitur, augeri et minui prout major aut minor quantitas in negotiis agendis impenditur. Etenim apud eos qui fenerantur, auctarium minuitur pro copia pecuniæ et paucitate eorum qui pecuniam mutuam petunt, et augetur ob inopiam pecuniæ et multitudinem

eorum qui mutuari volunt. Sed fenus non ideo augetur quia pecunia ad negotia gerenda accipitur; sicut quum pretium equorum augetur quia pauci sunt equi vendendi, et multi emptores, pretium non ideo augetur quia ad opera utilia perficienda adhibendi sunt. Et sane nihil tam auget fenus quod ultra sortem pro pecunia mutua solvendum est, quam bellum, præsertim intestinum; atqui hæc sane pecunia mutua non ad lucrum faciendum, sed ad damna inferenda impenditur.

436. Hæc sententia invicte probatur ex notissimis literis Encyclicis Bened. XIV. *vix pervenit* (a), de usuris aliisque injustis quæstibus, quæ datæ sunt ad Patriarchas, Archiepiscopos, Episcopos et Ordinarios Italiæ die 1^o. Nov. 1745. Consuluit SS. Pont. nonnullos doctos Cardinales, Theologos, et Canonicæ Disciplinæ peritos, quorum sententiam sic explicat: “§. 3. Porro hæc unanimi consensu probaverunt: 1. Peccati genus illud, quod usura vocatur, quodque in contractu mutui propriam suam sedem, et locum habet, in eo est repositum, quod quis ex ipsomet mutuo, quod suapte natura tantundem duntaxat reddi postulat, quantum receptum est, plus sibi reddi velit, quam est receptum; ideoque ultra sortem lucrum aliquod, ipsius ratione mutui, sibi deberi contendat. Omne propterea hujusmodi lucrum, quod sortem superet, illicitum, et usurarium est. 2. Neque vero ad istam labem purgandam, ullum arcessiri subsidium poterit, vel ex eo quod id lucrum non excedens, et nimium, sed moderatum; non magnum sed exiguum sit; vel eo, quod is, a quo id lucrum solius causa mutui deposcitur, non pauper, sed dives existat; nec datam sibi mutuo summam relicturus otiosam, sed ad fortunas suas amplificandas, vel novis coemendis prædiis, vel quæstuosis agitandis negotiis, utilissime sit impensurus. . . . 3. Per hæc autem nequaquam negatur, posse quandoque una cum mutui contractu quosdam alios, ut dicunt, titulos, eosdemque ipsimet universim naturæ mutui minime innatos et intrinsecos, forte concurrere, ex quibus justa omnino legitimaque causa consurgat quiddam amplius supra sortem ex mutuo debitam rite exigendi.” Hæc omnia, §. 4, SS. Pontif. approbat et confirmat. Quanquam vero sapientissimus Pontifex non loquitur ex cathedra, quia Encyclicam ad universam ecclesiam non direxit, neque ergo ea est regula fidei cui sine hæresi refragari nemo possit; attamen est iudicium dogmatico-morale quod universam respicit ecclesiam, quod manifestum est ex ipsa Encyclicæ, et declaratum est a Congregatione S. Officii die 29 Julii, 1835, quam declarationem SS. Pont. Greg. 16, eodem die approbavit.

(a) Bullar. B. 14, tom. 1. pp. 268 et seq., edit. Machlin.

Punctum Septimum.

De titulo legis municipalis; de fenore legitimo et vulgari quod pro usu pecuniæ solvitur; de auctario quod a Lombardis, quem vocant, et argentariis exigitur et de Montibus Pietatis agitur.

437. Quæstio, qualis a theologis plerumque proponitur, est utrum respublica sua sola auctoritate creare possit titulum vi cuius aliquid supra sortem exigere liceat "quod, ea seclusa, esset usurarium utpote perceptum vi solius mutui" (a). Eodem sensu quæstionem intelligunt ii qui hunc titulum ut probabilem aut probabiliorem accipiunt, eo quod respublica habet *potestatem* vi *alti dominii* hujus lucri dominium a mutuatario in mutuatorem transferendi, et voluntatem hoc faciendi (b). Nobis dicendum videtur titulum legis hoc modo intellectum probari non posse; aliter enim potestas civilis legem naturalem, qua vetitum est quidquam accipere supra sortem, generatim et universe abrogare posset. Lex naturalis dicit omne lucrum ex mutuo vi solius mutui acceptum injustum esse; legislator civilis dicit: ego do potestatem mea sola auctoritate, et sine ullo alio titulo aliquid supra sortem ex omni mutuo percipiendi. Hæc opinio nobis videtur esse omnino falsa et rejicienda. Respublica nullam hujusmodi habet potestatem, neque hoc sensu explicari potest dominium altum, ut ex iis quæ de hac materia in tract. de just. nn. 175 et 176 diximus constat; et si hoc modo explicaretur, negari debet eam hoc dominio potiri. Alii hanc potestatem reipublicæ vindicant, quia pecunia præcipuum suum valorem a publica auctoritate accipit (c); sed hoc principium falsum esse supra demonstravimus. Alii denique argumentantur ex lege præscriptionis, qua dominium rerum ab uno in alium domino non consentiente transfertur. Sed revera nulla est paritas inter titulum præscriptionis et eum de quo agimus; quia prior nulla lege naturali nec divina reprobatur, ac ne lege quidem generali qua prohibetur res alterius eo nolente auferre; quia hæc lex plures admittit exceptiones speciales, inter quas numeranda est præscriptio. Hoc modo nullatenus generaliter sed raro res ab uno in alterum, domino nolente, transferuntur; et titulus præscriptionis non tantum juri divino et naturali non adversatur, sed ipsa ratio ostendit eum moraliter necessarium esse ad pacem et

(a) Ita Carriere de Cont. n. 1276.

(b) Ita Gury de cont. n. 863, qui putat opinionem esse probabiliorem quæ hunc titulum accipit.

(c) Cf. ap. Carriere loc. cit.

tranquillitatem societatis conservandam (a) Sed titulus quo lex municip. concederet ut aliquid supra sortem acciperetur in omni mutuo, et secluso omni alio titulo extrinseco, legem naturalem hoc vetantem universim abrogaret, et ideo talis lex injusta esset et nihil valeret.

438. Alio tamen modo prorsus diverso exponi potest hic titulus, ita ut non exhibeatur neque intelligatur ut titulus ab aliis mutuo extrinsecis distinctus, sed ut titulus qui in eis omnino nititur, et ideo qui justus non est nisi quatenus is eorum indicem et summarium vere exhibet. Manifestum est plures titulos extrinsecos justos in eodem mutuo adesse posse. Scilicet concurrere possunt damnum emergens, ut quum quis domum conducit ad mutua quærentibus præstanda; quum mercedem ministris qui eum in hoc negotio adjuvant solvit, &c.; 2º lucrum cessans, quum mutuator pecuniam mutuam datam fide publica collocasset; et 3º. periculum sortis, ut patet. Constat insuper non tantum pauperes pecunia mutua indigere, sed insuper mercatores etiam divites, aliosque qui agros et possessiones multas habent eo subsidio carere non posse. Hoc invicte probatur multitudine argentariarum, quæ ad pecuniam mutuam dandam, deductione aliqua facta, ubique institutæ sunt. Hinc dicitur: *Pecuniam fide datam commercii esse animam*. Itaque tum civium tum ipsius reipublicæ interest ut mutua facile et sine mora obtineri possint. Præterea, ut jam observavimus, nemo nunc magnam summam saltem per aliquod tempus notabile otiosam in area sua servat. Usque ad seculum decimum octavum ii fere omnes qui magnum luerum ex mercatura, negotiatione, aliisve modis faciebant, pecuniam suam aut domi in arcis suis servabant, aut eam in agris emendis impendebant. Sed quoniam agri non potuerunt sicut pecunia quotidie industria humana augeri, et præsertim quia propter legem de statibus talliatis (b) agri raro ventitabantur, haud multum pecuniæ ita impendi potuit, neque aliæ patebant viæ ad pecunias tuto et secure collocandas, propter frequentes perturbationes quibus variæ reipublicæ tunc quatiebantur. Inde fiebat ut pecuniæ magnæ domi a possessoribus recondenderentur. Quum vero a seculo præsertim duodevicesimo census annui pretio constituto publica fide vendi cœperunt apud varias gentes, quamquam multi juste et licite pecunias suas hoc modo collocabant, plurimi tamen ab eo refugiebant, quia rei pecuniariæ vel peritissimi putabant fieri non posse ut propter magnitudinem debitorum ipsa fides publica non caderet, ita ut emptores neque sortem neque censum

(a) Cf. de just. n. 601.

(b) Cf. de just. n. 293 et seq.

annuum acciperent (*a*). Feneratores præsertim, qui contenti non erant, nisi magno auctario accepto, ab hoc modo pecunias impen-

(*a*) "During the interval between the Restoration and Revolution the riches of the nation had been rapidly increasing. Thousands of busy men found every Christmas that after the expenses of the year's housekeeping had been defrayed out of the year's income a surplus remained; and how that surplus was to be employed was a question of some difficulty. In our time to invest such a sum at something more than three per cent., on the best security that has ever been known in the world, is the work of a few minutes. But in the 17th century, a lawyer, a physician, a retired merchant, who had saved some thousands, and who wished to place them safely and profitably, was often greatly embarrassed. Three generations earlier, a man who had accumulated wealth in a trade or a profession generally purchased real property or lent his savings on mortgage. But the number of acres in the kingdom had remained the same; and the value of those acres, though it had greatly increased, had by no means increased so fast as the quantity of capital which was seeking for employment. Many, too, wished to put their money where they could find it at an hour's notice, and looked about for some species of property which could be more readily transferred than a house or a field. A capitalist might lend on bottomry or on personal security; but if he did so he ran a great risk of losing interest and principal. There were a few joint stock companies, among which the East India Company held the foremost place; but the demand for the stock of such companies was far greater than the supply. Indeed the cry for a new East India Company was chiefly raised by persons who had found difficulty in placing their savings at interest on good security. So great was that difficulty that the practice of hoarding was common. We are told that the father of Pope the poet, who retired from business in the city about the time of the Revolution (1688), carried to a retreat in the country a strong box containing near twenty thousand pounds, and took out from time to time what was required for the household expenses; and it is highly probable that this was not a solitary case. At present the quantity of coin which is hoarded by private persons is so small that it would, if brought forth, make no perceptible addition to the circulation. But in the earlier period of the reign of William the Third, all the greatest writers on currency were of opinion that a very considerable mass of gold and silver was hidden in secret drawers and behind wainscots." In 1692 a bill was passed enabling the Government to raise a million by granting life annuities, the rate of interest being ten per cent. till 1700, and after that seven per cent. "At every stage in the growth of (the national debt) it has been seriously asserted by wise men that bankruptcy and ruin were at hand. . . . Then came the war of the Austrian Succession; and the debt rose to eighty millions. Pamphleteers, historians, and orators pronounced that now, at all events, our case was desperate. Soon war again broke out; and . . . the debt rapidly swelled to a hundred and forty millions. As soon as the first intoxication of victory was over, men of theory and men of business almost unanimously pronounced that the fatal day had now really arrived. . . . Soon, however, the wars which sprang from the French Revolution . . . tasked the powers of public credit to the utmost. When the world was again at rest the funded debt of England amounted to eight hundred millions. If the most enlightened man had been told, in 1792, that, in 1815, the interest on eight hundred millions would be duly paid to the day at the Bank, he would have been as hard of belief as if he had been told that the Government would be in possession of the lamp of Aladdin or of the purse of

dendi prorsus refugiebant; et quoniam saltem sæpe nullum damnum ex pecunia mutua data subibant, neque ullum lucrum amittebant, et pecuniam sine cautione sufficienti interposita non tradebant, nullum titulum ad aliquid supra sortem exigendum habebant.

Itaque quum Bened. XIV., in Encyclica *vix pervenit* de suo tempore declarat titulos justos aliquid accipiendi supra sortem una cum mutuo non *semper* nec *ubique* præsto esse, sine dubio factum certissimum enuntiat; quia eo tempore etiam in Europa, et in aliis regnis exultis non *semper* præsto erant tales tituli ut ex dictis patet, et etiam nunc dici nequit eas *ubique* terrarum *semper* inveniri. Et quoniam hæc quæstio non est juris sed facti, et ex circumstantiis locorum et temporum pendet, mirum esse non debet quod in diversis locis et temporibus diversam solutionem accipiat. Accipe verba Cardinalium, &c., quæ approbat et confirmat Sapientissimus Pontifex: "§ 5. Sed illud diligenter animadvertendum est, falso sibi quemquam, et nonnisi temere persuasurum, reperiri semper, ac præsto ubique esse, vel una cum mutuo titulos alios legitimos, vel secluso etiam mutuo, contractus alios justos, quorum vel titulorum, vel contractuum præsidio, quotiescumque pecunia, frumentum, aliudve id generis alteri cuicumque creditur, toties semper liceat auctarium moderatum, ultra sortem integram salvamque recipere. Ita si quis senserit, non modo Divinis Documentis, et Catholicæ Ecclesiæ de Usuris judicio, sed ipsi etiam humano communi sensui, ac naturali rationi procul dubio adversabitur. Neminem enim id saltem latere potest, quod multis in casibus tenetur homo simplici et nudo mutuo alteri succurrere, ipso præsertim Christo Domino edocente: *Volenti mutuari a te, ne avertaris*: et quod similiter multis in circumstantiis, præter unum mutuuum, alteri nulli vero justoque contractui locus esse possit. Qui igitur suæ conscientiæ consultum velit, inquirat prius diligenter oportet, vere ne cum mutuo justus alius titulus; vere ne justus alter a mutuo contractus occurrat, quorum beneficio, quod quærit lucrum, omnis labis expers et immune reddatur."

439. Nunc autem quoniam census annui apud respublicas firmissimas et solidissimas venduntur, ratio justa omnibus præsto est (salva tamen lege caritatis) lucrum ex pecunia consequendi

Fortunatus. It was in truth a gigantic, a fabulous debt; and we can hardly wonder that the cry of despair should have been louder than ever." Lord Macaulay's "History of England," vol. iii., ch. 19, pp. 384, 388, and 389. London, Longmans, 1869. Similia exempla diligentiae et fidelitates in solvendo fœnore debito ex pecunia fide publica accepta, ex eis quæ in provinciis fœderatis Americæ septentrionalis, et in Galliis nuperrime evenerunt proferri possent.

sine periculo sortis, quæ etiam securior manet quam si pecunia a possessore domi servaretur, aut absconderetur. Deinde aliæ innumeræ sunt viæ justæ lucrum ex pecunia faciendi, nempe negotiando vel emendo partes rei communis apud societates argentarias, aut apud eas quæ vias ferreas instituunt et administrant, aut quæ ad mercaturam faciendam ineuntur; et his aliisque similibus modis omnes nunc etiam viri mobiles, pecunias suas impendunt. Olim nobiles et ingenui mercaturam fastidio habebant, et dedecus apud illos habebatur lucrum hoc modo facere; nunc vero ii omnes qui pecuniam ad vitam statumque non necessariam possident, eâ ad lucrum modis expositis faciendum utuntur; et ipse dux Argatheliæ (Argyle), cujus filius primogenitus matrimonio junctus est cum filia Victoriæ reginæ, duos alios filios mercatori theæ in disciplinam tradidit ut illud negotiandi genus cognoscerent. Innumeri igitur nunc sunt contractus justî, quibus omnes qui pecuniam præ manibus habent lucrum ex ea facere possunt, et quibus omnes sive nobiles sive ignobiles ad lucrum faciendum re vera utuntur. Itaque ii qui pecuniam suam ad mutua egentibus præstanda reservant, sine dubio intentionem habent pecunias suas otiosas non relinquendi, sed eas in negotiis lucrosis impenderent, nisi tam multi essent qui peterent mutuum; et opinionem quæ docet hanc voluntatem conditionalem pecunias ad negotia adhibendi sufficere ut aliquid supra sortem exigatur, probabilem esse, supra ex S. Alph. et Lessio ostendimus. Porro quum hæc opinio probabilis sit, et ideo lex qua tale lucrum prohibetur sit dubia, si mutuator bona fide et non animo usuras palliandi agat, a tali contractu abstinere cogi non debet. Ad objectionem vero quam supra ex S. Alph. protulimus, istum usuræ labe se inquinare, quia efficaciter velit lucrari ex mutuo, et ineffaciter ex negotiatione: præter ejusdem responsionem quam etiam attulimus, dici potest talem mutuatorem velle etiam *efficaciter*, sed *conditionaliter*, mercaturam facere, id est, nisi juste possit ex mutuo lucrari. Talis est voluntas hominis Christiani qui absolute vult a persecutore fugere, sed paratus est conditionaliter mortem subire, id est, potiusquam fidem negare aut Deum offendere. Deinde addi potest ex Lessio (a), quod “mutuatarii in hoc casu non putant sibi fieri injuriam; imo æquum censent, ut ei mutuatori compensetur quantum spes lucri per negotiationem (quam causa mutui reliquit) consequendi valebat.”

440. Quum igitur mutuatores, qui voluntatem vere efficacem etsi conditionalem habent pecunias suas otiosas non relinquendi, eas mutuatariis tradunt, imposita obligatione tantum lucrum ex

hoc contractu accipiendi, quantum ex titulis mutuo vere extrinsecis et ex communi hominum æstimatione pretio dignis, deductis expensis, fecissent, neque injuste faciunt, neque crimine usurarum argui debent. Sed quoniam valde incommodum et molestum foret mutuatario, si in singulis casibus antequam acciperet mutuum quo tunc indigeret, expectare deberet, donec id quod exigi posset ad rationem singulorum titulorum examinaretur et determinaretur, omnino ei magis commodum esset si augmentum computaretur ad normam lucri quod ex similibus mutuatariis eodem tempore initis juste et licite a viris piis et prudentibus percipitur. Tunc contractus est quasi aleatorius; et si in uno casu mutuatarius solvet lucrum paulo majus quam ex titulis extrinsecis debetur, sæpe fiet ut in aliis minus solvere cogatur. Ex quibus constat rempublicam posse in his rerum adjunctis, habita ratione solum titulorum extrinsecorum, prout aliquo tempore et loco plus minusve in omni mutuo inveniri solent rationem feneratoris *legitimam* [*a legal rate of interest*] statuere, cui in omni casu licite et juste stare possint tum mutuatores tum mutuatarii. Et sane omnino justum est et rectæ rationi consonum ut respublica hoc modo statuatur quantum lucri ex pecunia mutua licite percipi possit. Non hic loquimur de fenore *vulgari* quod pro pecunia mutua solvitur [*the current price of money*], quod non solum de mense in mensem, sed etiam de hebdomade in hebdomadem mutatur, quodque omnes juste accipere possunt ut infra dicemus. Sed loquentes de iis feneratoribus sive pro se quisque negotia gerunt, sive in societatibus argentariis, qui pecunias mutuas fenore vulgari et solito dare recusant, existimamus bono communi plurimum expedire ut lege statuatur fenus summum, ultra quod nihil exigi possit. Hoc enim modo hi ipsi ab usura exercenda magnopere prohiberentur, mutuatarii indigentes ab injusta oppressione protegerentur, prodigi, improvidi, et effrenate viventes, a fortunis dissipandis, et a moribus depravandis, vitæque ipsa deperdenda arcerentur.

441. Attamen nunc necessaria non est lex civilis ad determinandum fenus quod habita ratione solum titulorum extrinsecorum ex singulis mutuis exigi possit. Res enim nummaria, præsertim ut materia mutui et quatenus ad usum attinet, nunc est res in commercio posita, et sicut omnes aliæ res quarum est commercium, quotidie publice venditur et emitur. Hoc fenus seu pretium nullo modo ratione mutui, sed omnino ex valore titulorum extrinsecorum computatur; nam in eo computando nullatenus attenditur ad id quod mutuatarii, sed ad id quod mutuatores ex sua pecunia juste lucrari possunt, ut supra ostendimus; sæpe enim mutuatarii nihil ex pecunia mutua lucrantur neque lucra-

turos se sperant. Hoc igitur lucrum computatur ex damno emergenti quod patitur mutuator, ex spe probabili lucri quo se privat, et ex periculo cui sors ipsa subicitur, horum omnium ratione habita, secundum ea quæ in similibus mutuis plerumque eveniunt. Certe quum commercium floret, et pecunia in multis negotiis utiliter impendi potest, fenus pecuniæ mutuæ, ut jam diximus, indirecte augetur propter numerum eorum qui mutua petunt; sed in augmento nulla ratio habetur usus in quem destinatur pecunia, neque de hac paciscuntur neque curant mutuatores, si nullum sit periculum aut sortis aut lucri; neque minus fenus ab eis exigitur qui nullo modo cogitant lucrum ex pecunia mutua facere; et eodem modo augetur pretium v.g. equorum, aut vaccarum, quum his rebus non multiplicatis augetur numerus eorum qui eas emere volunt. Pretium pecuniæ mutuæ seu fenus hoc modo determinatum, ex communi æstimatione pendet, et *pretium vulgare* dicitur. Hoc pretium nunc fere quinas libras pro centenis non excedit; et quum agri in vadio mortuo mutuatori abalienantur, vix unquam ad quaternas cum dimidio pervenit. Quoniam autem omnes nunc volunt lucrum ex pecunia facere, modo supra exposito, nobis videtur quemlibet posse juste fenus vulgare pro pecunia sua mutua data accipere. Ut hoc clarius pateat originem Montium Pietatis, qui appellantur, et quemadmodum constituti sint, exponemus.

Quum usura sub gravissimis pœnis prohibita esset ab ecclesia, et pauperes Christiani, qui sine mutuis vix vivere potuerunt, ea fere non nisi ab Hebræis qui immodicas usuras exegerunt obtinere potuerunt; curarunt episcopi alique viri pii ut ex eleemosynis aliisque fontibus congregaretur cumulus pecuniæ, ex quo, pignoribus datis, mutua indigentibus dabantur. Hujusmodi cumuli, approbantibus Romanis Pontificibus primo instituti fuerunt post medium seculi xv. in multis Italiæ urbibus. Ex institutione horum montium aliquid solvere debuerunt mutuarii supra sortem, primo ratione solius damni emergentis; pignore enim dato nullum erat periculum sortis, et quoniam cumulus ex eleemosynis conflatus est, et nihil ab ipsis Montibus ratione lucri cessantis exigi potuit, ut ex declaratione Leonis X. in sess. 10 concil. V. Lateran. A. D. 1515 patet; nulla ratio hujus tituli haberi potuit. In illo concilio SS. Pontifex “solemniter declaravit, assentientibus Patribus, Montes Pietatis, in quibus pro eorum impensis et indemnitate aliquid moderatum ad solas ministrorum impensas, et aliarum rerum ad illorum conservationem pertinentium, *pro eorum indemnitate duntaxat, ultra sortem absque lucro eorundem Montium accipitur*, neque speciem mali præferre . . . quin imo

meritorium esse, ac laudari et probari debere tale mutuum" (a). Sed quum cumulus pecuniæ satis magnus ad mutua indigentibus præstanda ex eleemosynis et donationibus obtineri non potuit, ipsi Montes pecunias mutuas sub censu et cum modico auctario a divitibus accipiebant. Utique mutuatores eatenus potuerunt hoc auctarium juste accipere quatenus justum titulum extrinsecum habuerunt ad id exigendum; Montes vero, sive mutuatores juste sive injuste auctarium postulabant, id juste a mutuatariis requirebant, quia mutua eis data erant vera causa damni quod Montes ex solutione auctarii subibant. Montes primi generis dicuntur Italici, eo quod in Italia originem habuerunt; secundi generis ob similem rationem Belgici appellantur; et alii denique dicuntur Mixti, quia cumulus tum ex^o eleemosynis tum ex pecuniis sub censu acceptis conflatus est.

442. Montes pietatis ab initio *ad subveniendum per mutuum pauperum inopie et ne usurarum voragine deglutiantur, a civitatum magistratibus et aliis Christi fidelibus sunt instituti* (b). Decursu vero temporis plurimi ex Montibus, præsertim in Belgio, mutua dederunt omnibus petentibus "Præter hos montes," ait Billuart, (c) "alter modus inventus est subveniendi indigentibus mutuo, nimirum per mercatores opulentos qui auctoritate principum mensam publicam aperiunt ex propriis pecuniis, seseque juramento adstringunt omnibus petentibus mutuare, sub his conditionibus quæ servantur in Montibus pietatis; cum hoc tamen discrimine quod, cum in Montibus exigatur aliquid pro solutione censuum, hic exigatur pro lucro cessante, eo quod isti mutuatores publici abstrahant pecunias suas a negotiatione ut mutucent indigentibus. Vocantur Lombardi, a Lombardis, quorum plurimi, cum essent usurarii publici, et post erectionem Montium lucrum eis cessaret, petierunt reconciliari Ecclesiæ, et posse auctoritate principum exercere mutuum ut exercetur in Montibus pietatis . . . Lombardi communiter censentur immunes ab usura, quia non exigunt aliquid ultra sortem rationi mutui, sed variis titulis extrinsecis et legitimis, nimirum pro comparatione et conservatione domus atque suppellectilis, pro stipendio ministrorum, sicut in Montibus pietatis; item pro lucro cessante, pro obligatione cuique et quovis tempore mutuandi, pro periculo sortis quod sæpe intervenit ex incuria et infidelitate ministrorum, vel ex fraude mutuatariorum qui adulterinis pignoribus etiam astutiores quandoque fallunt: hæc omnia

(a) Cf. integram hanc declarationem *Inter Multiplices*, ap. Less. de just. in appendice ad dubit. 23, cap. 20, lib. 2.

(b) Verba sunt SS. Pont. in Declarat. allata.

(c) De contract. Diss. 4, a. 8, nota 3^o.

sunt extrinseca mutuo, sunt in gratiam mutuatariorum et pretio æstimabilia . . . Refert Loth breve Sixti V. ad Carolum Emmanuelem, Subaudiæ ducem, quo permittebat mutuatoribus publicis accipere annue octodium in centum. Has rationes cum objectionibus fuse deductas vide, si lubet, apud Loth tract. 9, Theologiæ Belgicæ; cum enim difficultates circa hanc materiam sint nunc sopitæ, neque ullus etiam timoratus et doctus inde scrupulum patiatur, ab his supersedemus . . . Petes finaliter utrum aliquis privata auctoritate possit sic se præbere mutuatore publicum cum obligatione cuique mutuandi sub iisdem conditionibus? R. quod forte non peccaret contra justitiam, sed causaret scandalum propter præsumptionem usuræ."

De his observandum est 1°. auctorem non loqui nisi de pretio legitimo, quod tamen sic determinandum est, ut supra exposuimus, habita ratione titulorum extrinsecorum qui cum mutuo concurrunt; 2°. neminem movendum esse quod mutuatores jurejurando adstricti sint ut mutua omnibus petentibus præstarent; quia hæc dare non tenebantur nisi cautione qua sors tuta reddita est interposita, argentarii autem nunc libenter mutua dant, nullo pignore accepto, omnibus qui ad solvendum idonei reputantur; 3°. quicquid dicitur de brevi a Loth allegato, auctarium ibi memoratum his temporibus omnino immodicum et injustum fore.

443. Recte dicit Billuart institutionem mensarum publicarum ad mutua præstanda cum auctario fixo et determinato, quod etsi nunc esset immodicum et injustum, tunc tamen habita ratione circumstantiarum, et præsertim usurarum *quarum voragine pauperes deglutiebantur*, maximo fuisse commodo mutuatariis, in eosque multa beneficia contulisse. Loquens de commodis quæ Montes pietatis attulerunt mutuatariis sic loquitur Less. (a). "Non enim modica est pietas efficere, ut innumeri homines tenuis fortunæ, qui ante cogebantur solvere 33, vel 22 in centum, solvant tantum 12, 10, vel 8, et minus, idque absque omni lucro vel commodo mutantis; quo etiam factum est, ut uno anno mutuarii Bruxellæ et Antverpiæ sublevati fuerint onere circiter quinquaginta millium florenorum, quæ ratione mutui a Montibus accepti, usurariis amplius solvere debuissent. Quod de usurariis adfertur, impertinens est; quia ipsi longe plus exigunt, quam sit necesse ad suam indemnitatem, et manifeste quærent ex mutuo ditescere. Nec refert quod nunc dicant (ut fertur) se paratos dare pro 15 in centum, sicut Mons initio exegit: nam (ut omittam, quod hoc dicendo seipsos manifeste condemnant injustitiæ toto

(a) Loc. cit. n. 85, et seq. De Montibus pietatis recurret sermo infra ubi de pigneratoribus (pawnbrokers) agemus.

tempore præterito cum acceperint 33, vel 22, in centum) etsi initio forte id facerent ad impediendum Montis successum; tamen progressu temporis, quando opportunum videretur, facile in usura ascenderent. Deinde etiamsi sisterent in illa taxa non essent admittendi; quia Mons hic certo minorem sensim taxam constituet. Unde modo exigit tantum 12 in 100, sicque sensim procedent administratores imminuendo, prout experientur se posse consulere indemnitati Montis, etiam ad 6 et minus in 100 magno sane reip. bono et egentium solatio?"

444. Nunc quidem mercatores et mediocriter divites minore etiam fenore soluto pecuniam mutuam apud argentarios obtinere possunt, apud quos fenus vulgare, nulla cautione quidem interposita ad sortem tutam præstandam, vix unquam 5 pro 100 in singulos annos excedit. Quod vero attinet ad pauperes qui pecuniis mutuis indigent, res aliter se habet, ut infra dicemus. Omnia fere mutua majoris momenti nunc apud argentarias comparantur, quæ non solum mutua petentibus passim dant, sed etiam auctarium pro pecunia apud se deposita solvunt. Nulli dubium est quin ob rationes allatas, id est ob titulos justos extrinsecos, possint ii, qui pecuniam suam apud argentariam deponunt, accipere auctarium quod pro pecunia mutua solvitur. Quum augetur fenus vulgare quod apud argentarias pro mutuis exigitur, auctarium quod ipsæ pro pecunia deposita solvunt, etiam augetur, ita ut quum fenus auxerint, vix majus lucrum percipiant argentariæ. Fenus vero pecuniæ mutuae, quod quotidie fere apud eos qui pecuniis negotiantur pro rerum varietate determinatur, infimum est, infra quod mutuum non dabitur apud argentarias, sed sæpe etiam majus fenus ab eis ob majus periculum sortis juste exigitur. Quum aliquid supra fenus vulgare ab argentariis in oppidis et urbibus amplioribus exigitur, ubi multi parati sunt pecuniam mutuam dare, raro hoc fit nisi ob verum periculum; in locis vero remotioribus, ubi una tantum est argentaria, non raro, cautione etiam interposita ad sortem tutam præstandam, majus fenus exigitur quam quod pro pecunia mutua eo tempore, apud eos qui pecuniis negotiantur solvitur. Quod quum fit, id quod excedit modum feneratoris vulgaris, fere semper injustum est et usurarium. Homines vero alii præter argentarios, qui pecunias mutuas dant omnes fere inique fenerantur. Hi enim contenti non sunt fenore vulgari, sed duplo, triplo, immo et sexto et octuplo majus variis de causis exigunt. Illi quidem qui mutua ab hujusmodi hominibus petunt, sunt plerumque prodigi, aut minores, aut qui in maximis rei familiaris angustiis versantur, qui mutua ab argentariis aliisve modis usitatis comparare non possunt. Sed imprimis in his casibus plerumque nullus

est titulus aliquid supra fenus vulgare exigendi; periculum enim ne Caius sortem non solvat, nullum titulum confert quo plus a Julio exigi possit; sed in singulis casibus tituli extrinseci separatim æstimandi sunt. Deinde quamquam in quibusdam casibus, qui pauci sunt, justitia non violatur, attamen hujusmodi mutua semper eos qui accipiunt in ruinam deducunt; et causæ sunt quare eorum mores depraventur, et valetudo ipsaque vita, ut jam diximus, non raro deperdatur. Quantum vero mali atque exitii hæc omnia non solum familiis afferant sed etiam ipsi reipublicæ, supervacaneum est dicere. Etenim homines qui hoc fenerandi negotium exercebant, etiam antequam instituti erant Montes pietatis et argentariæ, injuste ut vidimus plerumque faciebant, usuræ culpam admittebant, pauperes opprimebant, et tum civium tum societatis erant pestis et perniciēs. Attamen illis temporibus dicere potuerunt non alios esse qui mutua indigentibus passim præstarent. Nunc vero quum mutua apud argentarios aliosque qui re pecuniaria legitime negotiantur ubique fere sumi possunt, vix ulli alii homines præter feneratores iniquos, negotium mutua præstandi exercent. Sed de his iterum recurret sermo in fine hujus disputationis, ubi monita quædam in usum spectantia de usura dabuntur.

§ 3.—*De præscriptis juris nostris circa usuram et interesse: resolutiones recentiores Sedis Apostolicæ in hac materia: ex dietis in tota disputatione quædam regulæ in usum spectantes statuuntur.*

Punctum primum.

De præscriptis juris nostri circa usuram et interesse quod hodie vulgo dicitur.

445. Leges quæ apud nos variis temporibus de usura latæ erant, ideo constitutæ sunt, ut intra certos limites comprimeretur avaritia et injustitia mutuatorum. Seculo sextodecimo leges latæ erant a parlamento Anglicano, quibus vetitum est plusquam decem pro centenis in singulos annos exigere. Seculo insequente regnante Jacobo I. ab eodem parlamento statutum est ut in Anglia octo tantum pro centenis accipi deberent; regnante Carolo 2. nonnisi sex pro centenis concedebantur; et denique seculo decimo octavo ex 12 Ann. st. 2, c. 16, legale fenus ad quinque pro centenis imminutum est. In Hibernia vero legale fenus infra sex pro centenis imminutum non est, et ad finem seculi xviii. lege Parlamenti Hibernici statutum est ut hoc fenus accipere liceret.

Attamen omnes contractus de pecuniis fenore acceptis his legibus non regebantur; quum enim contractus apud exteras gentes initi erant, tribunalia nostra decernebant ut fenus secundum illarum gentium leges solvi deberet. Deinde quum mutuator periculo omnino extraordinario ipsam sortem commisisset, legibus prædictis nunquam obligabatur; namque in statuendo fenore lex quidem rationem habuit periculi sortis inde provenientis, quod mutuarius forte ad solvendum idoneus non erat, non autem periculi prorsus extraordinarii, quale id est de quo jam loquimur (a). Talis est contractus quo convenit ut Caius det Julio mille libras, ea conditione ut Julius quamdiu vivat quotannis solvat v. g. octogenas, eo vero mortuo, ut ne quid amplius, ne sortis quidem ratione, accipiat Caius. Satis manifestum est hoc periculum omnino extraordinarium esse, et fenus ratione hujus majoris periculi juste augeri posse: attamen feneratores non raro occasione hujusmodi census annui olim utebantur ad nimium et injustum lucrum extorquendum, sed de hoc infra ubi de censibus annuis agemus. Alius hujusmodi contractus est quum Caius dominus navis eam in vadio mortuo abalienat Julio ad tutam præstandam pecuniam mutuam qua indiget ad navigandum; ea conditione ut si navis naufragio perierit, Julius ne quid omnino accipiat; si vero tuta in portum pervenerit, ut tum sors tum fenus de quo convenit ei solvatur. In hoc casu tum ipsa navis, tum armamenta, tum ipse Caius Julio obligatur, donec tota pecunia soluta fuerit. Hic contractus *bottomry* appellatur, quia carina quæ per synecdochen pro tota navi accipitur mutuatori oppigneratur. Si vero ipsa navis non oppigneratur, sed pecunia mutua accipitur, onere quod navi impositum est pignori dato, quoniam hoc vendendum est, ipse Caius tantum Julio obligatur, qui tunc in jure dicitur pecuniam ad *respondentiam* accipere. Aliquando mutuum datur, neque ipsa navi neque onere obligato, sed ea conditione ut si navis tuta ad portum pervenerit, mutuator

(a) This danger refers to "that class of cases in which the right to recover the money lent is, *by the terms of the loan*, put in jeopardy. This kind of hazard is obviously distinguishable from the ordinary risk of the insolvency of the borrower, *which was compensated by our law*, in the allowance which it made of legal interest; but the former it did not attempt to appreciate—and wherever this sort of hazard bona fide exists, the transaction has always stood clear of the enactments against usury. Step. vol. 2, p. 91. Ratione majoris periculi sortis permisit Justinianus ut major summa in modum feneratoris ex mercatoribus quam ex aliis exigeretur. Ap. eund. p. 90. Grotius quoque narrat fenus legale in Hollandia suo tempore esse 12 pro centenis in mutuis quæ mercatoribus data sunt, et octo tantum in aliis (De jure B. et P. L. 2, 12, 22); et Dominus Bacon voluit ut fenus ex mutuis quæ mercatoribus darentur, ad octo vel novem, ex aliis vero ad quinque pro centenis restringeretur. Essay on Usury in fine.

sortem cum fenore majore de quo pactum fuerit inter partes accipiat: ne quid autem omnino si navis perierit. Contractus hujusmodi justi erunt, si 1. nihil ratione mutui sed tantum ratione periculi aliorumque titulorum extrinsecorum exigatur; et 2. si justa æqualitas servetur. Operæ pretium est hic observare jurisperitos Protestantés qui theologos Catholicos ipsamque Ecclesiam propter doctrinam de injustitia usuræ vehementer insectantur, his ipsis principiis a nobis expositis, titulis scilicet mutuo extrinsecis, niti (a).

446. Nuperrime vero plures leges his paucis annis latæ sunt, quibus præscripta contra usuram gradatim coarctata sunt, et denique per 17 et 18 Vict. c. 90, a tempore legis latæ (die 10^a Aug. 1854), omnia prorsus abrogata. Statutum est ipsa lege ut in præteritum ne valeret, et ideo fenus solvendum ex contractu aut ex alia obligatione quæ tum quum lex sancita est existit, eodem modo computaretur atque si lex lata non esset; et ut ad statuta quibus negotia pignorum reguntur non attineret. Statutum etiam (13, Geo. 3, c. 63, s. 30), quo summum fenus, quod ex contractu a cive Britannico in Indiis Orientalibus inito ad 12 pro centenis restringitur, lege prædicta abrogatum non est.

Quoniam nostrâ sententiâ potestas civilis titulum justum per se sumptum et ab aliis titulis extrinsecis distinctum instituere nequit, et quoniam fenus quod ex his titulis justè accipi potest, nunc publice apud eos qui negotia rei pecuniariæ gerunt ex communi æstimatione quotidie determinatur; quæstio utrum recte fecerit an male parlamentum quum leges contra usuram abroga-verit, non tam ad forum conscientiæ quam ad disciplinam rei-publicæ pertinet. Supra jam diximus rempublicam debere prodigos, egenos, imperitos, quantum possit a nequitia et machinationibus eorum qui injuste fenerantur defendere; neque quisquam in alterutro senatu hoc negare ausus est. Contendebant vero plures, leges contra usuram latas fuisse omnino inefficaces; feneratores his legibus facillime fraudem fecisse; eosque vel magis auctarium exegisse propter ipsum periculum in quod ob

(b) Cf. Step. vol. 2, p. 89, ubi dicit: "In the dark ages of monkish superstition and civil tyranny, when interest was laid under a total interdict, commerce was also at its lowest ebb, and fell into the hands of the Jews and Lombards." Attamen statim fere postea hæc verba subjungit: "To demand an *exorbitant* price indeed is equally contrary to conscience for the loan of a horse or the loan of a sum of money; but a *reasonable equivalent* for the temporary inconvenience which the owner may feel for the want of it (id est propter damnum emergens et lucrum cessans), and for the hazard of his losing it entirely (id est propter periculum sortis) is not more immoral in the one case than it is in the other." Cf. etiam ea quæ supra ex eodem auctore in notis protulimus.

leges violatas adducerentur. Hæ rationes tantum valuerunt, ut omnes leges quæ apud nos contra usuram latæ fuerant prorsus abrogarentur. Attamen quoniam, ut diximus, fenus legale quale extitit antequam leges contra usuram abrogatæ sunt, auctarium quod ratione titulorum extrinsecorum juste exigì potuerit repræsentabat, et ipsæ leges quibus auctarium definitum est his titulis innixæ sunt; videtur adhuc homines juste convenire posse inter se de auctario annuo 5 pro 100 solvendo. Quanquam enim olim auctarium annum legitimum in Hibernia erat 6 pro 100, attamen transitus nunc tam facilis est ex Anglia in Hiberniam, ut ratio diversi auctarii legitimi statuendi omnino sublata sit.

447. Ex dictis patet contractum *expressum* confici posse ex jure nostro de fenore solvendo, et hunc contractum irritum non esse in foro civili propter magnitudinem summæ solvendæ, nisi dolus aut fraus aut durities intercesserit. Talis contractus plerumque conficitur inter eos qui pecuniam mutuam dant et accipiunt; sed insuper in multis aliis casibus valide iniri potest. Non solum igitur in vadiis mortuis, factis [*bonds*], syngraphis, chirographis, et in variis contractibus qui ad pecuniam mutuam attinent, pacta de fenore solvendo inseruntur; sed ubi cumque ex aliqua ratione [*account*], aut ex aliquo pretio æstimatione digno, Julius agnoscit se certam summam Caio debere, pactum expressum de fenore solvendo valide confici potest. In pluribus quidem casibus, ut statim videbimus, etiamsi in instrumentis et pactis memoratis, et in multis aliis, nullus contractus explicitus de fenore solvendo initus fuerit, ex interpretatione juris contractus implicitus de hac re inter partes intercessisse censebitur. Sed quoniam jus commune usuræ nunquam favere voluit, hæc est regula ejus generalis, ut nisi contractus explicitus inter partes de fenore intercesserit, creditor illud solvere ne teneatur, etiamsi debitum sit fixum et determinatum, et creditor solutionem sæpe postulaverit. Sic quum Caius emit merces a Julio, pacto inito de pretio certa die solvendo, quod tamen non solvit, aut quum rationibus compositis ille agnovit certam summam huic deberi, aut quum Caius summam Julio debet propter laborem et materiam, aut etiamsi summa debetur ex pecunia mutua aut ex solutione a Julio, Caio rogante, facta et ex scripto instrumento certo tempore a Caio reddenda, quæ redditæ non est; aut etiamsi Caius summam pro Julio fraudulenter acceperit; attamen *prima facie*, et seclusis specialibus circumstantiis, fenus exigì nequit, ne a tempore quidem quo debitum solvendum erat. Neque secluso contractu explicito solvendum est fenus pro pecunia statuto tempore non soluta, etiamsi ex facto [*deed or covenant*], et certis pensionibus solvenda est, nisi multa [*a penalty*] ob solutionem

non factam imposita fuerit. Similiter pro pecunia apud argentariam deposita fenus exigi nequit, nisi aut ex contractu explicito aut ex modo usitato agendi inter partes solvendum est. Plura etiam sunt instrumenta ex quibus pecunia certo tempore solvenda est, qua non soluta, fenus exigi nequit. Tales sunt satisfactiones [*guarantees*], cautiones interpositæ de certa summa solvenda, si quædam navis naufragio perierit, aut quum Caius mortuus erit; judicia tribunalium exterarum gentium ex quibus certa summa solvenda est; et alia plura, quæ enumerare inutile est; quia expositis casibus quibus aut ex statutis parlamenti aut ex interpretatione juris com. debitor, sine contractu explicito, fenusolvere tenetur, hæc satis intelligentur (a).

448. Itaque 1°. vi contractus impliciti, qui ex interpretatione juris communis inter partes contrahentes intercedere censetur, debitor a tempore quo solutio fieri debuit non raro fenusolvere tenetur. Sic quanquam fenus exigi nequit pro summa ex scripto instrumento, certo tempore, debita, et non soluta, attamen si instrumentum est syngrapha aut chirographum quod in negotiis gerendis ab uno in alium transferri potest, eo modo, qui quum de his instrumentis agetur, postea exponetur, is qui primo loco ad pecuniam ex alterutro instrumento debitamolvere tenetur [*i. e. the acceptor of the bill or the maker of the note*], si tempore statuto eam non solverit, actione et ad damnorum compensationem obtinendam intenta, cogi poterit fenus usitatum [*current interest*], ab illo tempore computatumolvere, etiamsi in ipso instrumento nulla mentio feneratoris facta est. In hoc casu ut fenus exigi possit, necesse est ut in causa agenda instrumentum apud tribunal proferatur. Si vero ex ipso instrumento pecunia ex eo debita solvenda sit tempore futuro cum fenore, hoc computabitur ab ipso die quo instrumentum datum est. Immo ex chirographo sic confecto: "Promitto pro memetipso, meisque exsecutoribus me Berthæ ejusve exsecutoribus soluturum post unum annum quum e vita decessero, trecentas libras cum fenore legali. J. Z. Datum est Dublinii die 10 Maii, 1869:" fenus computatum a die quo datum est instrumentum exigi poterit. Si vero pecunia ex chirographo debita solvenda est quandocumque postulata fuerit, fenus etsi nullum de eo pactum factum est, exigi poterit computandum a tempore quo postulabitur solutio, et si non postuletur, a tempore quo rescriptum ad pecuniam ex eo debitam actione vindicandam [*from the time of the writ of service in an action on the note*], debitori tradetur. Præterea non solum ii qui primo loco pecuniam ex chirographo vel ex syngrapha debitam sol-

(a) Cf. si lubet. Chitty, pp. 595 et 596 et in notis ibid.

vere tenentur, sed etiam ii qui nomina sua a tergo alterutrius instrumenti scripserint, fenusolvere tenentur, computatum a tempore quo eis indicatum est pecuniam ex instrumento debitam tempore statuto solutam non esse [*from the time they receive notice of dishonour*]. Deinde quum syngrapha confecta a Caio in Anglia, Julioque tradita, ut hic pecuniam ex ea solvendam accipiat a Sylvio in Galliis; et Sylvius pecuniam non solvit, etiamsi nullum pactum de fenore solvendo in ea contineatur, attamen Caius fenus quod tunc usitatum est in Anglia, in modum compensationisolvere tenebitur. Vice versa si syngrapha in Galliis confecta esset a Caio, Julioque tradita, ut solutionem a Sylvio in Anglia acciperet, pecunia non soluta Sylvius fenus in Galliis usitatum a Caio apud nostra tribunalia exigere potest. Præterea si conveniat ut Caius Julio creditori suo det syngraphum aut chirographum pro summa debita, et postea hoc facere recuset, Julius fenus exigere poterit computandum a tempore quo pecunia solvi debebat ex instrumento, si datum esset. Si vero instrumentum Julio tradatur, et pecunia ex eo debita sine Caii culpa non solvatur, vel si per longum tempus solutio non postuletur, penes juratores erit decernere an fenus solvi debeat. Si vero tum quum pecunia ex instrumento solvi debet, nemo sit qui solutionem legitime accipere possit, v. g. si is cui solvenda est intestatus mortuus sit, et administratio nondum cuiquam concessa sit, fenus exigi nequit nisi in tempus quod intercesserit ex quo administrator debitum postulaverit. Fenus vero exigi potest pro pecunia ex facto [*a bond*] debita a die quo secundum instrumentum solvenda erit. Similiter quum pecunia ex arbitrio [*an award*] certa die solvenda est, creditor si solutionem legitime postulaverit, fenus ab hoc die computatum exigere potest, dummodo actionem ad solutionem exigendam intendat; non vero, si ad eam exigendam ipsum debitorem ejusque bona arripuerit [*if he proceed not by action but by attachment*]. Sponsor qui, deficiente debitore pro quo fidem suam interposuit, debitumolvere tenetur, fenus ab eo pro quo spondit pro pecunia soluta exigere potest. Et quum rationibus inter Caium et Julium compositis *de pecunia mutua* huic data, hic agnoscit se certam summam Caio debere, Caio licebit fenus ab hoc tempore computandum pro hac summa repetere. Etiam contractus *implicitus* de fenore solvendo ex interpretatione juris intercedere censetur, quum ex consuetudine quæ in aliquo negotio servatur debitum cum fenore semper solvitur; aut quum hoc fieri consuevit inter se ab ipsis contrahentibus. Præterea quum convenerit ut Caius fenus solvat Julio pro summa quam ei debet, et Julius foro cedit, administratores ejus bonorum id exigere poterunt, etiam in tempus per quod

Caius pecuniam retinebit, postquam Julius foro cesserit; et quum convenerit ut Petrus summam cum fenore certa die solvat Paulo, si pecunia illa die non solvatur, juratis licebit id etiam in tempus subsequens, donec debitum solvatur, in modum compensationis damni decernere.

449. Nunc insuper ex statutis recentioribus fenus in quibusdam aliis casibus exigi potest. Namque 1°. ex 3 et 4 Guliel. IV., c. 42, s. 28, actione Caio intenta a Julio ad compensationem obtinendam eo quod hic summam certam et determinatam non solverit, penes juratores est fenus concedere aut recusare. Verba stat. sunt: "*That upon all debts or sums certain, payable at a certain time or otherwise, the jury, on the trial of any issue, or on any inquisition of damages, may, if they shall think fit, allow interest to the creditor, at a rate not exceeding the current rate of interest, from the time when such debts or sums be payable by virtue of some written instrument at a certain time; or if payable otherwise, then from the time when demand of payment shall have been made in writing, so as such demand shall give notice to the debtor, that interest will be claimed from the date of such demand until the term of payment: provided (moreover) that interest shall be payable in all cases in which it is now payable by law.*"

De hac lege observandum est 1. eam non complecti casus in quibus sive ob violationem contractus, sive ob aliam causam actio intenditur ad compensationem damni haud certi et determinati exigendam. Attamen quum actio intenditur aut ad compensationem pro *bonis injuste asportatis* obtinendam, aut ad exigendam executionem contractus quo quis ob pretium æstimatione dignum fidem suam scripto instrumento de damnis compensandis interposuit [*in actions of trover, or trespass de bonis asportatis; and in actions on policies of insurance*]; jurati ex sect. 29 ejusdem legis summam quæ superat valorem bonorum aut damnorum in modum feneratoris concedere possunt. 2. Juratos, penes quos est ad arbitrium fenus concedere vel recusare, id decernere non posse, nisi in judicio probatum sit ex scripto instrumento debitum certum et determinatum (a) certo tempore solvi debere; aut debitum certum et determinatum postulatum esse aliquo *scripto*, quo indicatum sit fenus computatum ab illo tempore exactum iri. 3. Juratos teneri fenus decernere, in eis omnibus casibus in quibus ante legem prædictam latam (id est ante diem 14^{am} Augusti, 1833)

(a) "In an action for money had and received against a Railway Company to recover over charges made by them on the carriage of goods, interest may be given under the Statute as upon a certain sum, if it has been previously demanded." Cf. Chitty, p. 599, n.

legaliter exigi potuit. 4. Summam quæ in modum fenoris solvenda a juratis decernitur, majorem esse non debere quam quanta ratione fenoris vulgo solvebatur per illud tempus quod intercessit ex quo debitum solvi debebat.

Et alia lege postea lata (1 et 2 Vict. c. 110, s. 17) statutum est ut quatuor pro centenis præstandæ sint pro pecunia ex judicio tribunalis solvenda, computandæ a tempore quo judicium in tabulas tribunalis relatum fuerit; et ut hoc fenus simul cum summa debita *per breve* [*a writ*] executionis exigi possit (a).

Punctum Secundum.

De præscriptis juris nostri de mutuis pigneraticiis.

450. Pignus est res aliqua mobilis a debitore tradita creditori, ad debitum tutum præstandum. Hic non loquimur de ipso contractu *pignoratitio*, sed de altero contractu *speciali mutui*, qualis a pigneratoribus [*pawnbrokers*] secundum juris nostri præscripta fieri consuevit. Pignerator is est cui ex jure licet pignora capere ad tutam præstandam pecuniam mutuam, quam, fenore a lege statuto reservato, tradit ei a quo pignus datur. In statuto 17 et 18 Vict. c. 90, quo leges contra usuram abrogatæ sunt, expresse declaratur id nullo modo ad negotium pigneratorum attinere. Itaque varia statuta quibus hoc negotium regitur, adhuc vim legis habent. Si pignerator ea quæ his statutis præscripta sunt non servet, contractus omnino irritus erit. Sed quum pecunia uno tempore mutua data decem libras superat, pignerator his præscriptis quantum attinent ad fenus quod ex legibus accipere licet, non obligatur. Itaque si pigneratarius [*the pledgor*] eodem tempore undecim aut centum libras mutuatur, pactum de qualibet summa in modum fenoris solvenda legaliter inter ipsum et pigneratorem iniri potest. Quamvis autem tota summa mutua accepta decem libras superet, attamen si detur diversis temporibus et summis quæ singulæ decem libras non superant, præscriptis subjicitur legum quibus fenus a pigneratoribus accipiendum regitur. Præter

(a) The form in which final judgment is entered, if the judgment be for the plaintiff on any issue in *fact*, or on an issue in *law* arising on a *plea in bar*, is *quod recuperet*, that he do recover the debt or damages; on an issue in *law* arising on a *dilatory plea*, that the defendant *respondeat ouster*, answer over. On a judgment for the defendant on a *declaration* or on a *plea in bar*, the form is that the plaintiff *nil capiat per breve*, take nothing by his writ, and that the defendant *eat inde sine die*; that is without any further continuance or adjournment:—on an issue arising on a *dilatory plea*, that the plaintiff's writ be quashed. — Cf. *Step.*, vol. 3, pp. 668, 669.

fenus quod ex legibus exigi potest in singulos menses a pigneratoribus, pretium etiam solvendum est pro tesseris quas mutuatariis tradere tenentur pigneratores; et ex his simul sumptis tota summa solvenda computanda est. Inutile esset et præter nostrum propositum tabulas conficere fenoris quod tam in Anglia quam in Hibernia a pigneratoribus legaliter exigi potest; quia hæ ab omnibus facillime comparari possunt, et pauperes præsertim has misera experientia didicerunt. Attamen duas breves tabulas, Anglice scriptas in notis subjiciemus (a), ut omnibus constet

(a) The amount legally chargeable by pawnbrokers in Ireland on loans not exceeding £10 was regulated by the Irish Act, 26 Geo. III., c. 43. However, we extract the subjoined table from the tract on social economies in "Chambers's Information for the People," vol. 2, p. 316, ed. 1842.

Sum lent.	Pawnbroker's interest.	Total charge including ticket.
£ s. d.	d.	d.
0 1 0	0½	1½
0 2 0	1	2
0 3 0	1	2
0 4 0	1½	2½
0 5 0	1½	2½
0 6 0	2	3
0 7 0	2	3
0 8 0	2½	3½
0 9 0	2½	3½
0 10 0	3	5
1 0 0	5	7

The interest legally chargeable by pawnbrokers in England is regulated by the 39 & 40 Geo. III., c. 99, which, however, has been amended by several Acts passed in the present reign. We take the following table from p. 293 of a book, the title of which is "Every Man his Own Lawyer," London, 1863. As the cost of the ticket is not included in this table, it is to be added to the sum payable by the borrower:—

"1° Where the sum borrowed does not exceed 2s. 6d., one halfpenny for every calendar month, and the same sum for every calendar month afterwards.

	s.	d.		s.	d.	d.
When the amount exceeds	2	6	and not	7	6	1
" "	7	6	"	10	0	1½
" "	10	0	"	12	6	2
" "	12	6	"	15	0	2½
" "	15	0	"	17	6	3
" "	17	6	"	20	0	3½
" "	20	0	"	22	6	4

And so on progressively for any sum not exceeding 40s. Where the sum is

quantum fenoris a pauperibus pro pecuniis mutuis accipere pigneratoribus liceat. Ex tabulis patet fenus a pauperibus solvendum pro uno schelingo mutuo dato, addito pretio tesseræ, ad rationem sexaginta duorum pro centenis in singulos annos pertingere. Si vero pauper, id quod sæpe evenit, etiam ante unam hebdomadem indigeat re oppignerata, ut veste qua utitur die dominica, et ideo eam vespere sabbati semper repigneret, et iterum feria 2^a aut 3^a oppigneret, fenus addito pretio tesserarum quæ quoties pignus deponitur, toties renovandæ sunt, rationem septingentorum pro centenis in singulos annos superabit. Verum quum major summa mutua accipitur, ratio fenoris minuitur. Sic si summa mutuata ad decem schelingos pertingit, fenus in unum mensem erit ad rationem quinquaginta pro centenis in annum; si ad unam libram, ratio quidem ut ex tabulis patet multum minuitur. Deinde si summa in plures menses aut in totum annum retineatur, pretium tesseræ nonnisi in primo mense computandum est. Sed ex altera parte, si, ut sæpe evenit, pignus intra hebdomadem aut aliud breve tempus repigneretur, ratio fenoris magnopere augetur.

451. Præterea pecunia mutua plerumque non adæquat valorem pignoris, et quum annus unus intercesserit a tempore quo pignus acceptum est, jus habet pignerator ejus vendendi pretiique totius retinendi. Si vero etiam post annum pignus nondum venditum est, potest mutuatarius soluta pecunia mutuata, et fenore, et impensis, adhuc id vindicare. Sed hoc raro evenit, quia pauperes qui pignus intra annum repignerare nequeunt, vix unquam post annum id efficere poterunt. (a) Nullo modo dicere volumus eos

40s. and not exceeding £10, 3d. for every 20s. When the goods are redeemed within the space of seven days of a *subsequent* month after a *previous* month expired, no interest is payable for the seven days. After seven and before the expiration of fourteen, interest for half a month is payable; after fourteen days interest for a whole month can be taken."

(a) "It has been said that £3,000 is annually lent by pawnbrokers in Ireland in one shilling loans, and that this sum actually produces to the lenders in a year not less than £19,500. To a poor person in want of a shilling for a week, it appears no great hardship to pay a penny for the loan of it; but when we consider that this is in reality borrowing money at 433½ per cent. per annum, the hardship of the case is presented in its true light. Nor is the licensed and ostensible trade of the pawnbroker the worst of the case. Wherever a large horde of very poor people is collected in our large towns, there rises an unlicensed and clandestine species of the trade, conducted upon principles still more ruinous to the needy. It has been shown that there are in Glasgow no fewer than 700 small unlicensed pawnbroking establishments, whose extortions from the poor infinitely exceed the legal rates to which the licensed traders are restricted." Tract on Social Economies of the Industrious Orders, in "Chambers' Information for the People," n. 70, vol. 2, p. 316. ed. 1842. In editione recentiore

injustum quæstum facere, qui hoc pignerandi negotium ad præscripta legum exercent. Sed tenentur ea præscripta stricte observare, et nihil præter lucrum quod eis permittitur extorquere. Si enim simulatione emptionis aut alio modo fraudem faciunt legi, ideoque plus accipiunt a mutuatariis quam quantum ea permittit, sine dubio injustitiam committunt et ad restitutionem tenentur; quia pignore accepto nullum periculum sortem amittendi subeunt, et fenus quod a lege permittitur majus est quam quod sufficit ad compensandum lucrum cessans, damnum emergens, laborem, et impensas quæ in negotio gerendo fiunt. Quum annus unus præterierit, pecunia mutua non soluta, licebit quidem pignora vendere, sed sorte, fenore, et impensis solutis, si quid superest reddi debet mutuatario, nisi pignerator tantundem dare solet quanti ipse judicat rem oppigneratam valere; et re vendita, pretium aliquando excedit, aliquando non pertingit ad pecuniam mutuam ad quam tutam præstandam tradita est; tunc enim contractus quasi aleatorius inter pigneratorem et mutuatarium intercedit quo ille, sicut pati damnum, quando res minoris venditur paratus est, ita et quando pluris venditur etiã excessum retinere potest. Sed hoc dicitur tantum de illis mutuatariis pro quorum bonis oppigneratis pretium justum secundum communem æstimationem dat pignerator; si enim pecunia mutua valorem rei oppigneratæ non adæquat, re vendita, et sorte, fenore et impensis solutis, quicquid superest tenetur mutuatariis tradere. Diligentiam etiam ordinariam adhibere tenetur pignerator ad justum pretium pro re oppignerata consequendum; si enim ex ejus dolo, frande, aut negligentia graviter culpabili res minoris quam valet venditur, sine dubio tenetur damnum quod inde patitur mutuatarius reparare.

452. Obligationes ex parte mutuatarii, id est, illius qui pignus dat, sunt 1°. ut tradat pigneratori rem idoneam, et non inutilem aut vitiosam; 2°. ut vitia rei occulta aperiat, si inde rationabiliter timere debet ne pignerator damnum subeat aut injuriam accipiat; 3°. Pignus tantidem valere debet, quanta est pecunia mutuata, nisi pignerator rem minoris pretii accipere consentiat; sed tunc mutuatarius tenetur aut rem repignerare, aut ea a pigneratore vendita, quicquid deest pretio quominus pecuniam mutuam sumptam adæquet, id supplere. Si vero bona fide putat pignus tantidem valere quanta est pecunia mutuata, et res postea minoris venditur, non tenetur id quod deest supplere, si pignerator non reddit

ejusdem operis, 1857, exponitur, vol. 2, p. 574, aliquos qui negotium pannicularium exercent, res hujusmodi simulatione emptionis revera in pignus illegaliter capere, seseque astringere has, fenore enormi accepto, earum dominis reddere.

excessum quando res oppigneratæ pluris venduntur; quia tunc contractus aleatorius, modo supra exposito, inter partes intercedit. Si quæstio sit de aliis creditoribus præter pigneratores qui pignus, seu, ut ab antiquis nostris jurisperitis appellatum est, *vadium* ad debitum tutum præstandum accipiunt, duæ aliæ conditiones ex parte mutuatarii requiruntur; 1^o. ut pignus antequam tota pecunia mutua soluta fuerit ne repetat; et 2^o. ut impensas ad rem conservandam necessarias solvat, nisi creditor tantundem ex usu rei lucratus erit, aut nisi aliter convenerit.

Ex parte etiam illius qui pignus accipit quædam sunt conditiones quæ omnes hujusmodi creditores respiciunt; quædam vero ad pignoratōres specialiter attinent.

Quicumque ex jure pignus accipere potest, dominium speciale [*a special property*] habet in re oppignerata, donec debitum solvatur. Sed tenetur re non uti si ex usu deterior efficeretur. Itaque is qui v. g. vestes pignori accipit, eis uti non potest. Sed si res ex usu deterior non efficitur, eâ uti potest cum proprio periculo. Is, igitur, qui gemmas pignori accipit, eis uti potest; attamen si ei quum foris est a fure surripiantur, earum pretium restituere tenebitur; si autem eas in thesauro suo conclusas servasset, ex qua furto sublatae fuissent, ad damnum reparandum non astringeretur. Si pecuniâ, ad quam tutam præstandam pignus traditum est, oblatâ mutuator id domino reddere recuset, quocumque modo postea perierit is valorem ejus restituere tenebitur.

Si pignus servari non potest sine impensis, ut v. g. equus, is qui id accipit eo uti potest modo consueto ad impensas compensandas.

453. Quod attinet ad speciales obligationes pigneratorum (pawnbrokers) eas Anglice exscribere juvat. "Neglecting or refusing to attend justices' summons with books, note, voucher, memorandum, duplicate on paper, on any complaint before such justice where production necessary: penalty not exceeding £10, nor less than £5, or imprisonment not exceeding 3 months. Any person knowingly buying or taking in as a pledge or pawn, or in exchange, *goods in the course of manufacture and unfinished, or linen or apparel entrusted to wash, scour, iron, mend, manufacture, work up, finish, or make up*: forfeit—double the sum given or lent, and restore the goods. Refusing to deliver up goods pawned, on order of justices,—committal to prison till goods delivered up or satisfaction made. Taking more than the legal interest—penalty not less than 40s., nor more than £10. Refusing to give a copy of a pawn ticket lost, mislaid, destroyed, or fraudulently obtained, with form of declaration: or selling goods pawned *before*

a year; or before a year and three months if notice given; or purchasing any pawned goods whilst in his custody as a pledge, except at public auction; or suffering the same to be redeemed with intention to purchase; or making any agreement for the purchase of same before the expiration of a year; or taking pledges from persons *apparently under 12 years of age, or intoxicated; or not keeping books; or not giving a ticket to pawnor as directed; or buying goods in the course of trade before 8, A. M., or after 7, P. M.,* throughout the year; employing any person under 16 to take in pledges; or carrying on trade on a Sunday, Christmas-day, fast or thanksgiving day; or taking or permitting to be taken in, goods in pawn before 8, A. M., or after 7, P. M., between Michaelmas and Lady-day, or before 7, A. M., or after 8, P. M., between 25th March and 27th September; penalties not less than 40s., nor more than £10, or imprisonment" (a).

De alio modo pecuniam mutuam dandi pauperibus, pignore accepto, jam data occasione quædam diximus, ubi decreta ecclesiæ de Montibus pietatis protulimus. Pauca alia de his Montibus, quæ attinent ad eos quales in Hibernia constituti sunt, infra exponemus.

454. Præter modum pecuniam mutuam præstandi pignore accepto, alius est modus usitatus hoc efficiendi, non pignore dato, sed fide mutuarii et unius aut alterius sponsoris, interposita ad pecuniam mutuam tutam præstandam. Hoc etiam duplici modo fit, 1. per societates ad mutua præstanda institutas [*loan societies*] quæ in proprium sociorum commodum constitutæ sunt; et 2. per societates quæ ad mutua præstanda in commodum pauperum ordinantur. De societatibus quæ in proprium sociorum commodum constituentur, certum est plures ex eis usuras injustas accipere, bonoque tum privatorum tum reipublicæ maxime nocivas esse. Paucæ tantum ex hujusmodi societatibus existunt in Hibernia, et nullæ fere in Scotia, in qua singulis pæne in pagis inveniuntur societates argentariæ ex quibus summæ etiam parvæ mutuæ accipi possunt. Sed in municipiis Angliæ, et præsertim Londinii, multæ sunt hujusmodi societates, quarum plurimæ a cauponibus et a procuratoribus litium sordidis institutæ sunt (b), neque ad quidquam aliud nisi ad ebrietatem augendam, et ad lites

(a) Every Man's Own Lawyer, p. 294. In Hibernia eisdem fere præscriptis subjiciuntur.

(b) "The extensive ramification of joint-stock banking in Scotland leaves little room for loan societies, but they are prevalent in English towns, and especially in London. The great majority, however, are got up by publicans and the lower class of attorneys, and are extremely injurious in their operation." "Chambers' Information for the People," vol. 2, p. 571, Ed. 1857.

foendas inserviunt. Ex his societatibus et præsertim ex eis quæ Londinii existunt, homines egentes et prodigi non solum in Anglia, sed et in Hibernia et in Scotia, pecuniam mutuam fenore enormi accipiunt, unde cito in egestatem et ruinam deducuntur.

Verum etsi hujusmodi societates præcipue in Anglia et præsertim Londinii vigent, homines tamen singuli non solum in Anglia sed etiam in Hibernia, et in Scotia idem negotium injustum et tum civibus privatis tum ipsi reipublicæ exitiosum, exercent. Sed revera et societates prædictæ, et homines singuli, qui aut pecunias mutuas dant fenore enormi, aut syngraphis negotiantur [*bill brokers*] eisdem conditionibus, non tantum injustitiæ rei sunt, sed maxima etiam flagitia quibus plurimæ honestæ familiæ inopia aliisque malis conficiuntur, et ipsa societas perturbatur, pariunt et foveant.

455. Ut vero subveniretur multitudini pauperum qui parvis pecuniis mutuis præsertim in Hibernia aliquando indigent, lex lata est A. D. 1836 (6 et 7 Vict. c. 91), ex qua societates constitui possunt ad mutua pauperibus præstanda, ad normam fere montium pietatis Belgicorum, nisi quod loco pignoris mutuarius duos sponsores afferre tenetur. Fenus constitutum perveniret ad septem circiter cum dimidio pro centenis in annum (*a*), si tota summa in totum tempus in quod mutuum conceditur, id est, in viginti hebdomades, retineretur; sed quoniam vigesima pars singulis hebdomadibus redditur, fenus ad circiter quindecim pro centenis in singulos annos pertingit. Deinde mutuum nisi cum mora et incommodis comparari non potest. Quum enim quis mutuum petit, necesse est ut postulet formulam typis expressam, pro qua unum nummum [*a penny*] solvere cogitur. In hac formula necesse est ut causas exponat ob quas mutuum petit, et ut nomen suum et sponsores in ea scribantur. Quæ tum eis offertur qui curam societatis a qua mutuum petitur gerunt, a quibus mutuum vel concedi vel recusari potest. Præter hæc impedimenta ipse mutuarius ejusque sponsores fere semper unius diei operam et laborem mutuo petendo perdunt, et mutuarius multa imponitur, si pensiones statutis temporibus non solvat. Hæc multæ intra sex annos, id est, ab anno 1851 ad annum 1856, utroque adnumerato, ad libras 26,707 pervenerunt. Mirum igitur non est quod pauperes qui summulis indigent ad has societates non recurrunt, sed apud pignoratores eos

(*a*) Six pence in the pound is deducted from the loan at the time the borrower receives it, so that in effect he never receives more than 19s. 6d. in the pound. Then the loan has to be repaid by weekly instalments of 1s. in the pound, so that on the twentieth week the borrower has only one shilling of the pound, although he pays interest for a pound during the whole twenty weeks.

petunt (a); ita ut ne una quidem hujusmodi societas quod sciamus nunc existat.

455. Primo anno postquam potestas ad prædictas societates constituendas concessa est, primus mons pietatis qui in Hibernia extitit Limerici fundatus est. Attamen non simpliciter ad normam montium pietatis quales alibi extiterunt constitutus est, sed id agebatur ut in eo conjungeretur ratio et conditio tum montium tum societatum. quæ ad mutua pauperibus præstanda stabilitæ sunt. Pecuniam etiam mutuam præstitit tum pignore accepto, tum fide sponsorum interposita ad sortem tutam præstandam. Sed fenus, quanquam minus erat quam quod a pigneratoribus exigitur, neque quidquam pretii pro tesseris exactum est, attamen necessario onerosum erat; quia ad cumulum pecuniæ comparandum ex quo mutua præstanda erant, sex pro centenis in singulos annos solvenda erant; et præter expensas domus, administratorum, &c., etiam xenodochium ex lucris sustentandum erat. Hinc etiam quando summa mutuata ad unam libram attingebat, fenus ad viginti pro centenis in annum pervenit. Septem alii montes pietatis in variis partibus Hiberniæ constituti sunt, sed omnes pluribus abhinc annis evanuerunt, neque hodie ullum hujusmodi institutum in his regionibus existit. Sine dubio si hæc instituta bene administrarentur, magnum pauperibus commodum afferrent; sed hoc vitium habebant commune montes pietatis, et societates quæ ad mutua pauperibus præstanda in Hibernia constitutæ sunt, quod in utrisque constituendis atque administrandis illud agebatur, ut lucrum fieret ex mutuis quæ pauperibus et miseris dabantur quod in ptochotropheis sustentandis, et in aliis operibus caritatis promovendis impenderetur. Sed quicquid dicitur de justitia lucrum hoc modo faciendi, de qua quæstione conferatur, si lubet, Lugo (b), satis incongruum est taxam exigere ab uno paupere ad alium sublevandum. “Ego,” ait Lugo (b), “existimo imprimis *maxime curandum esse* ne exigatur plus quam prudenter creditur necessarium futurum ad montis conservationem et expensas, eo magis quod difficilius erit postea superfluum restituere iis qui dederunt. Deinde si restituendum est, *iis dandum a quibus accep-*

(a) “If we take the year 1856 as an example, we find that the average loan is £4 3s. . . . Appended to the 19th Report is a list of 30 societies which the Central Board of Commissioners (The Loan Fund Board of Ireland) ordered to be closed and their affairs wound up. The result of the operations of these 30 societies was a loss to depositors of £10,700. Besides the 30, there had closed without the intervention of the Board upwards of 100; with what results to the depositors does not appear from the Reports.” *Information for People*, vol. 2, p. 571, Ed. 1857.

(b) De just. disp. 25, s. 10, nn. 194 et seq.

(c) Loc. cit. n. 194.

tum est, quorum nomina ex libris rationum singulis annis inveniri poterunt. Tertio, si iis reddi non potest, placet quod eidem monti applicetur, convertendum tamen in majorem utilitatem pauperum, v. g. ut anno sequenti minus pro mutuo a pauperibus exigatur." Hæc omnia omnino approbamus, ut mons in commodum pauperum qui illum frequentant administretur, ita tamen ut aliquid ultra expensas conservari possit ab ipso monte; aliter enim si quo casu forte accideret ut expensæ lucrum superarent, non haberet unde has expensas solveret, nisi ipsa sorte applicata, ex quo sors seu cumulus paulatim destrueretur.

456. Ex illo vitio primario hoc aliud sponte ortum est, quod auctarium excessivum exactum est, et quamquam minus erat quam quantum a pigneratoribus exigitur, attamen ad hoc tam prope accessit, ut habita ratione alius vitii quod mox exponemus effecit ut pauperes a pigneratoribus potiusquam a societatibus ad mutua pauperibus præstanda constitutis, aut etiam a montibus pecuniam mutuari vellent. Tertium vitium est, quod homines pii a quibus societates prædictæ, aut montes pietatis constituti sunt, nullam curam postea in eis administrandis impendebant. Etenim quum laborem, aut pecuniam, aut utrumque in societatem aut in montem constituendum contulissent, putabant se officio suo in hoc opere satis fecisse, et societatem aut montem, curæ et diligentiae ministrorum qui ad res ejus administrandas constituebantur, committendum esse. Hinc innumera orta sunt mala. Quidam enim ex his ministris aufugerunt, multum pecuniæ societatis aut montis secum asportantes; quidam negotium eis commissum male administrabant; et multi sese insolenter et superbe erga pauperes gerebant. Propter has et alias causas supra expositas multi pauperes ad mutua petenda potius ad pigneratores, quam ad societates aut etiam ad montes recurrerant. Si duobus prioribus vitiis sublatis, homines pii et benefici in singulis parœciis ex mutuo consensu agerent, et in vicem societates et montes visiterent, remedium tertio facile afferrent.

457. Sed re vera pauperibus suadendum est, ut a mutuis petendis quantum fieri possit omnino abstineant. Pecunia mutua perutilis est mercatoribus et negotiatoribus, qui ex ea lucrum faciunt. Utilis etiam esse potest agricolis et aliis qui impensas uno tempore anni v. g. sementis facere tenentur, alio v. g. messis lucrum percipiunt. Sed quod attinet ad pauperes qui ex mercede laboris quotidiani vivunt, extra veram necessitatem pecuniam mutuam nunquam petere nec accipere debent: si enim ex fructu laboris hodierni vivere nequeunt, quo modo cras sperandum erit eos ex eodem fructu victuros esse, et insuper pecuniam mutuam et fenus soluturos? Majorem quidem mercedem

una tempestate, v. g. messis quam alia operarii accipiunt; sed tunc debent parce vivere, ut habeant unde vivant quum merces laboris vilior erit, aut quum ipsi vel familiæ suæ morbo forte opprimuntur. Nunc argentariæ ex reipublicæ auctoritate ubique locorum per hæc regna constitutæ sunt, quæ *Post office savings banks* appellantur, apud quas operarii et alii fructus parcimoniæ collocare possunt sine ullo periculo sortem amittendi, fenusque ad rationem duorum et dimidii in annum pro centenis accipient. Ex his argentariis auferre possunt sine impensis partem pecuniæ ibi collocatæ, quandocumque ea indigent. Denique ii qui fructus suæ parcimoniæ apud has argentarias collocant raro eos subtrahant, ut ebrietate se fœdent, cui pessimo et flagitiosissimo vitio se tradunt et quasi mancipant innumeri operarii, et ut habeant unde ei indulgere possint, res etiam ad vitam necessarias pigneratoribus tradunt. Hoc sane imprimis cavendum est ab hominibus piis qui operam dant societatibus aut montibus in subsidium pauperum constituendis, ut pecunia mutua sic data in rebus necessariis aut utilibus comparandis, et non in ebrietate promovenda impendatur. "Multi enim ambulant, quos sæpe dicebam vobis (nunc autem et flens dico) inimicos crucis Christi: quorum finis interitus; *quorum deus venter est*: et gloria in confusione ipsorum" (a).

Punctum Tertium.

Resolutiones recentiores Sedis Apostolicæ de usura.

458. Jam data occasione quasdam ex his resolutionibus (b) adduximus; plura etiam ex Encyclica Bened. XIV., *Vix pervenit*, quantum ad nostrum propositum attinent, jam protulimus. Monumentum etiam sapientissimum ex eadem Encyclica infra proferemus. Alias resolutiones quæ ad materiam de qua agimus attinent nunc adducemus. Prima data est ad preces cujusdam mulieris Lugdunensis, quæ "exposuit se sua capitalia quibusdam tradidisse ut fructus ex illis juxta taxam a lege civili præscriptam perciperet, suum autem directorem ipsi absolutionem denegasse, nisi fenus restitueret, et ab eis percipiendis abstineret; ideoque enixe petiit, ut quid ab ipsa agendum esset a S. Sede declararetur." Re ab Em. Card. Galetti exposita ipse quæsivit a Cong. S. Officii, 1. an dicta mulier ad restitutionem perceptorum fructuum esset obligata; 2. *an duntaxat postquam ejus bona fides desierat*; 3. quando-

(a) Coloss. c. 3, vv. 18, 19.

(b) Has resolutiones in extenso profert Carriere in appendice ad tom. 3, tract. de contract. a p. 735 usque ad p. 768. Quasdam ex eis compendiose adducit Bouvier in tract. de cont., pp. 461, 464.

nam cessatio bonæ fidei locum haberet; 4. an sufficeret de ea audivisse etiamsi loquentis opinio non fuisset adoptata? S. Cong. decrevit, die 3 Julii 1822, “ut oratrici pro nunc diceretur, quod responsa ad propositos casus ipsi opportuno tempore dabuntur; interim, vero, *licet non peracta restitutione*, ipsam posse sacramentaliter absolvi, *dummodo vere parata sit stare mandatis.*” 2°. Episcop. Rhodonensis in Gallia eidem Sac. Cong. exposuit non eandem esse confessariorum suæ diœcesis sententiam de lucro percepto ex pecunia negotiatoribus mutuo data ut ex ea ditescant; de sensu epistolæ *Vix pervenit* acriter disputari: ex utraque parte momenta afferri ad tuendam eam quam quisque amplexus est sententiam, tali lucro faventem aut contrariam; querelas, dissensiones, denegationes sacramentorum plerisque mercatoribus isti ditescendi modo adhærentibus, et innumera damna animarum oriri. Nonnullos confessarios ut animarum damnis occurrant mediam inter utramque sententiam viam se posse tenere arbitrari. Si quis eos consulat de istius modi lucro, illum ab eo deterrire conantur. Si pœnitens perseveret in consilio pecuniam mutuo dandi negotiatoribus, et objiciat sententiam tali modo faventem multos habere patronos, et insuper non fuisse damnatam a S. Sede non semel ea de re consulta, tunc isti confessarii exigunt ut pœnitens promittat se filiali obedientia obtemperaturum iudicio SS. Pontificis, si intercedat quaecumque sit; nec hac promissione obtenta absolutionem denegant, quamvis probabilior credant opinionem contrariam tali mutuo. Si pœnitens non confiteatur de lucro ex pecunia sic mutuo data, et videatur in bona fide, isti confessarii, etiamsi aliunde noverint ab eo perceptum esse aut etiam nunc percipi istiusmodi lucrum, eum absolvunt, nulla ea de re interrogatione facta, quando timent ne pœnitens admonitus restituere aut a tali lucro abstinere recuset. Inquiri ergo: 1°. Utrum possit horum posteriorum confessariorum agendi rationem probare? 2°. Utrum alios confessarios rigidiores ipsum adeuntes, consulendi causa, possit hortari ut istorum agendi rationem sequantur, donec S. Sedes expressum ea de re iudicium ferat? Feria 4^a die 18 Aug. 1830, SS. Pontifex Pius VIII. in solita audientia assessori S. officii impertita, audita relatione superiorum dubiorum, una cum voto EE. Card. respondit: Ad 1. non esse inquietandos. Ad 2. Provisum in primo.

3°. Plures resolutiones legi possunt ap. Carriere (loc. cit. p. 751 et seq.), et ap. Bouvier, p. 462 et seq. de eis qui ex pecunia mutua fenus secundum taxam a lege civili statutam accipiunt. Sufficiet hic proferre circa hanc materiam responsiones datas ad presbyterum soc. S. Sulpitii (Denavit) in seminario Lugdun. theolog. profess. Hic exposuit Sac. Pœnitentiariæ se super cuncta

dubia circa usuram proposita semper remittere solere ad doctrinam Bened. XIV., addens *hanc doctrinam revera* sat claram et perspicuam esse pro iis qui *bona fide eam perscrutari volunt*. Sed quosdam esse presbyteros qui contendunt licitum esse percipere auctarium 5 pro 100 *solius vi legis, absque alio titulo vel damni emergentis, vel lucri cessantis*; quia, inquit, *lex principis est titulus legitimus, cum transferat dominium auctarii sicut transfert dominium in præscriptione*. Orator subjungebat sibi videri legem divinam et legem ecclesiast., quæ usuras prohibent, sic prorsus annihilari, seque, existimantem nullo pacto licitum esse recedere a doctrina Bened. XIV., absolutionem sacramentalem denegare presbyteris qui contendunt legem principis esse titulum sufficientem percipiendi aliquid ultra sortem, absque titulo vel lucri cessantis vel damni emergentis. Itaque petiit: 1°. Utrum possit in conscientia denegare absolutionem; 2°. Utrum debeat? Sac. Pœnit. diligenter et mature perpensis dubiis propositis, respondendum censuit die 16 Sept., 1830: Presbyteros de quibus agitur non esse inquietandos quoad usque S. Sedes definitivam decisionem emiserit, cui parati sint se subicere, ideoque nihil ob stare eorum absolutioni in sac. pœnitentiæ.

459. Idem professor ad S. Pœnit. iterum scripsit die 24 Sept. 1830, asserens se responso ejus humiliter acquiescere. *Attamen*, aiebat, *salva S. Pœn. resp. præfata*, consultis auctoribus probatis, et attenta doctrina omnium seminariorum Galliæ, ac præsertim eorum quæ a presbyteris congreg. S. Sulpitii diriguntur, sententia quæ rejicit titulum leg. civilis. tanquam sufficientem videtur longe probabilior, securior, et sola in praxi tenenda donec S. Sedes definierit. Quapropter *fidelibus qui a me consilium petunt* utrum possint auctarium percipere ex mutuo, et qui nullum habent titulum a theologis communiter admissum, præter titulum legis civilis, *respondeo eos non posse præfatum auctarium exigere*, et denego absolutionem sacramentalem si exigant. Pariter denego absolutionem iis qui perceptis hujusmodi usuris, id est vi solius tituli legis, nolunt restituere. Quæritur 1°. utrum durius et severius me habeam erga hujusmodi fideles; 2°. quæ agendi ratio in praxi tenenda erga fideles, donec S. Sedes definitivam sententiam emiserit? Sacra Pœnitentiaria, perpensis dubiis respondit die 11 Nov. 1831: Ad. 1. . . affirmative: quandoque, ex dato a S. Pœn. responso, liquet fideles hujusmodi, qui bona fide ita se gerant, non esse inquietandos. Ad. 2. provisum in primo: unde orator priori S. Pœn. responso sese in praxi conformare studeat (a).

(a) Cf. has resolutiones ap. Carriere loc. cit. pp. 753 et 758.

460. 4°. Episcopus Veronensis plura exposuit dubia Sac. Pœnit., quibus perlectis, S. P. abstinendum sibi duxit a resolutione quatuor dubiorum quæ ab eo proponebantur, sed oratori communicavit responsa data a Suprema Cong. S. Officii ad alia quædam dubia eandem materiam respicientia; quorum hoc erat quartum. 1°. An possit eorum confessariorum agendi ratio probari, qui dum tenent uti probabiliorem opinionem contrariam lucro ex pecunia negotiatoribus mutuo data, pœnitentes eo modo lucrum percipientes ut ditescant absolvunt, quando nempe isti, objicientes sententiam lucro faventem non fuisse damnatam a S. Sede, promittunt tamen obedire judicio S. Pontificis si intercedat: et similiter agunt, quando pœnitentes lucrum percipientes in bona fide, de eo non confitentur, licet aliunde noverint ipsos percipere lucrum ut supra, nulla ea de re facta interrogatione, quando timent ne pœnitentes admoniti restituere aut tali lucro abstinere recusent? 2°. Utrum episcopus possit hortari rigidiores confessarios consulendi causa ipsum adeuntes, ut priorum confessariorum agendi rationem sequantur, donec S. Sedes expressum ea de quæstione judicium ferat? Resp.—Ad 1. Non esse inquietandos.—Ad 2. Provisum in primo. Datum Romæ die 14 Aug. 1831.

Notat Carriere (a) nihil aliud hic exhiberi quam responsionem ad ep. Rhedonensem (quam supra n. 458—2°. protulimus), cujus consultatio in Resp. S. Pœnitentiariæ fuit in compendium redacta. Quoniam vero in hac consultatione nulla facta est mentio tituli legis civilis, dum in consultationibus EE. CC. tum S. Officii, tum S. Pœnitentiariæ, hic titulus profertur, ob hanc causam quædam exorta sunt dubia quæ S. Cong. S. Officii exposuit D. D. Bonnel ep. Vivariensis. Dubium primum satis intelligetur ex quæstione 1^a. infra prolata, sed secundum aliqua expositione indiget. Hoc respicit sensum in quo titulus legis accipi debet. Exponitur enim patronos hujus tituli eum hac ratione defendere, quod princeps ex causa publica et in quibusdam circumstantiis concedat jus ad moderatas præstationes a subditis suis exigendas, ita ut tunc transferat dominium fenoris vi alti sui domini, sicut per legem præscriptionis. E. contrario vero legem civilem in Galliis habere lucrum ex mutuo perceptum, vel ut justam compensationem beneficiorum quæ mutuanti evenire poterant ex usu pecuniæ sibi retentæ, vel ut pretium locationis signi valoris; ideoque dominium hujus lucri nolle transferre, sed illud acquisitum mutuanti supponere (b). Itaque quæritur: 1°. An præfatum judicium SS. Pontificis (Pii VIII.) intelligendum sit ut

(a) Loc. cit. p. 754, n. 1417.

(b) Cf. totam consultationem ap. Carriere loc. cit. pp. 754 et seq. (n. 1418).

verba ipsius sonant, *et separatim a titulo legis principis*, de quo EE. Cardinales loquuntur in eorum responsis, ita ut unice agatur de mutuo negotiatoribus facto? 2°. An titulus ex lege principis, de quo EE. Cardinales, sic intelligendus sit, ut sufficiat legem principis *declarare licitum esse cuique convenire de lucro ex solo mutuo facto*, sicut fit in codice Civili Francorum, quin dicat se concedere jus tale lucrum percipiendi?—Resp. In Congregatione generali EE. et RR. Cardinalium S. Officii habita die 31 Aug. 1831, propositis superioribus præcibus, dixerunt: *Provisum in decretis 18 Aug. 1830, atque dentur decreta.*—*Eadem die SS. PP. Gregorius XVI. resolutionem ab Eminent. captam approbavit.*

461. Hæc decreta ea sunt quæ primum data sunt ad episc. Rhedonensem et postea ad episc. Veronensem transmissa erant. Cum hoc tamen discrimine, ut notat Carriere (a), quod in responsis ad episc. Veronensem consultatio episc. Rhedonensis fuit in compendium redacta; in responsis vero ad episc. Vivariensem ex integro exscripta et transmissa est. Jamvero in illa consultatione ne unum quidem verbum de titulo legis civilis occurrit, quo sane innui videtur SS. Pontifices Pium VIII. et Greg. XVI., in his responsis nullam vim titulo legis civilis tribuisse. Præterea notandum est hos errores fuisse in consultatione episc. Vivariensis. Supponit 1°. EE. CC. ex eo quod EE. CC. tum S. Officii tum S. Pœnitentiariæ responderunt pœnitentes qui lucrum juxta taxum legis civilis et hoc solo titulo fidentes non esse inquietandos donec S. Sedes definitivam sententiam protulerit; item denegandam non esse absolutionem eis presbyteris qui contendant ipsam legem principis sine alio titulo extrinseco sufficientem esse titulum ad aliquid supra sortem percipiendum; illos approbasse hunc titulum eo sensu acceptum quo a patronis defenditur. Sed re vera ne unum quidem verbum in resolutionibus EE. CC. de titulo legis invenitur. Tantummodo dicunt prædictos pœnitentes et sacerdotes non esse inquietandos, et confessarios rigidiores in hac materia mitiores imitari debere. Hæc quidem nobis probant hoc lucrum non esse sine justo titulo perceptum, sed minime probant hunc titulum esse titulum legis civilis qualis a patronis suis explicatur. Nec quemquam movere debet quod in consultationibus dicitur *vi tituli solius legis* et sine alio titulo damni emergentis, &c.; quia ut jam exposuimus *nunc* apud gentes excultas semper existunt alii tituli justī ex quibus (salva lege caritatis) moderatum lucrum ex pecunia mutua excipere licet. Itaque titulus legis vim suam non derivat ex sola voluntate prin-

(a) Loc. cit. p. 756, (n. 1 418 in fine.)

cipis, sed ex eo quod quasi complectitur alios titulos extrinsecos, atque eos in se continet qui in mutuis communiter adsunt; et hoc sensu solo sufficit ad justum lucrum ex mutuo percipiendum. Sed tunc non facit lex per se sumpta et seclusis aliis titulis jus ad aliquid supra sortem accipiendum, et ideo neque in consultationibus de quibus nunc loquimur, neque in resolutionibus a SS. PP. Pio VIII. et Greg. XVI. confirmatis ulla hujus tituli fit mentio.

Supponit 2°. ex eo quod in consultatione epis. Rhodonensis, mentio fit de lucro percepto ex pecunia mercatoribus mutua data ut ex ea mutuatores ditescant, responsum pontificis conciliari non posse cum decisionibus Benedicti XIV., nisi titulo legis civilis inniti censeatur. “Alii” inquit non concipientes qua via præfatum judicium conciliari possit cum decisionibus Ben. XIV. . . . circa mutuum negotiatoribus factum, putant intelligendum esse conjunctim cum Responsis datis ab EE. CC. ad quæ remittere videtur SS. PP., qui dicit in præmio judicii: ‘audita relatione superiorum dubiorum cum voto EE. CC.,’ et judicium esse referendum ad dubia de titulo legis principis, qui titulus damnatus non fuit a S. Sede.” Sed re vera nulla facta est mentio tituli legis civilis in consultatione epis. Rhodonensis, et ideo integram hanc consult. EE. C. C., ad epis. Vivar. remiserunt. Is vero vel ii quorum opinionem profert, falso opinantur ex altera parte, responsum Pontificis, si excludatur titulus legis, in eo niti quod pecunia mutua data sit *negotiatoribus*, quia consultatio hujus tantummodo mutui meminerit. Certe Pontifex respondit confessarios qui absolvunt pœnitentes accipientes lucrum ex talibus mutuis non esse inquietandos, sed neque dicit se motum esse ea ratione quod mutuum negotiatoribus datum est; neque simile lucrum ab aliis præterquam a mercatoribus juste accipi non posse. Hoc tantum intercedit discrimen inter mutuum quod mercatoribus, et id quod aliis mutuataris conceditur, quod in priore fieri potest ut majus sit periculum sortis, et mutuator non teneatur ex præcepto caritatis mutuum eis gratis præstare. Sed ut fenus *juste* accipi possit, requiritur et sufficit ut existant tituli extrinseci ex parte mutuatoris, qui tituli in nostris aliisque regionibus excultis nunc omnibus præsto sunt, ut supra exposuimus; quorum titulorum summarium, quales certo aliquo tempore existunt, exhiberi potest aut per legem reipublicæ qua tale fenus et non amplius exigi possit, aut per pretium quod pro pecunia mutua apud eos qui re pecuniaria negotiantur solvitur; et in utroque casu fenus titulis extrinsecis omnino nititur, eisque determinatur, ut supra ostendimus. Itaque quoniam hoc ultimum fenus justum est, neque mutuatores hodie unquam cogitant pecunias apud se

domi otiosas servare, sed justum lucrum volunt ex eis percipere, rectissime respondet SS. Pontifex, eos confessarios non esse inquietandos, qui absolutionem non denegant pœnitentibus qui pro pecunia mutua data *pretium vulgare* percipiunt. Neque hic ulla quæstio est de titulo legis civilis.

Quæ hic diximus firmanatur resp. EE. C. de Gregorio Maj. Pœnit. ad epis. Vivariensem die 7, Martii 1835, ubi ait: *S. igitur Pœnit. quæstionem a theologis agitatam de titulo illo ex lege principis desumpto, haudquaquam voluit definire; sed solummodo normam proponere quam confessarii tuto sequerentur erga pœnitentes qui moderatum lucrum lege principis statutum acciperent bona fide, paratique essent stare mandatis S. Sedis.* Qui itaque docent absolute in sacris concionibus licitum esse lucrum ex mutuo percipere *titulo legis civilis*, reticitis enunciatis conditionibus, christiano populo potius propria quam S. Sedis placita proponunt, et partes judicis sibi temere assumentes, privata auctoritate definiunt quæstionem, quam S. Sedes nondum voluit definire. Quæ cum ita sint, profecto vides horum agendi rationem probari minime posse.

462. 5°. Ea quæ jam tradidimus de fenore sive *legitimo* sive *vulgar* valde firmanatur ex responsione quam dedit S. Officium ad quatuor priora ex dubiis quæ proposuit Capitulum Locarnense. Consult.: Capitulum Locarn. collegiatæ, in Comensi diœcesi, Helvetico territorio, præbendas habet quæ majori ex parte pecunia constant conflata præsertim ex decimarum extinctione per Gubernii decretum inducta: quæ pecunia adhiberi debet, ut exinde et canonicorum sustentationi, et beneficiorum oneribus provideatur. Attentis vero temporum et locorum adjunctis, aut nullo pacto pecuniam in bona immobilia frugifera convertere est, quippe quæ pro ratione populationis rarissime venalia sint; aut præ nimio immobilium pretio *nonnisi redditus 2 et $\frac{1}{3}$ pro 100 annuatim perciperetur*, unde præbendæ, jam per se tenues, graviter imminuerentur. . . . Quibus præmissis, quæritur: 1°. Utrum necessaria congruaque canonicorum sustentatio, ex præbendarum fructibus colligenda, in talibus rerum adjunctis haberi possit ut sufficiens aliisque titulis Ecclesiæ jam probatis æquivalens titulus, ex quo pecuniam, qua dictarum præbendarum dotatio constat, mutuo dare liceat, stipulato annuo 4 vel 5 pro 100 auctario, et statuta prius tum in bona immobilia hypotheca, tum quorundam notorie idoneorum fidejussione, ut præbendarum perpetuitas in tuto ponatur?—2°. Utrum prædictus titulus, si semel licitus admittatur, possit extendi ad ecclesias, monasteria, aliave pia loca, atque etiam ad pupillos, aliosve qui in supradictis rerum adjunctis versantur, et ex pecunia fructum percipere debent ut congruæ sus-

tentationi consulant?—3°. Utrum legis civilis statuta, quæ jam nunc tales contractus et approbant et executioni mandari curant, necnon communis tacitus populorum consensus qui, usu jam a sæculis obtinente, tales conventiones aliis magis implexis arduisque contractibus suffecisse videntur, pro majori contrahentium commodo, iis cohonestandis satis sint?—4°. Utrum stare liceat ordinarii auctoritati, pluriumque sapientia et pietate commendabilium ecclesiasticorum, qui spectatis circumstantiis supradictis, has conventiones propugnant et approbant (a)? *Resp.—Feria 4^a 31 Aug., 1831, EE. RR. DD. dixerunt: Ad 1, 2, 3, 4, non esse inquietandos, et acquiescant, dummodo parati sint stare mandatis S. Sedes.—Feria 4^a 7 Sep., 1831, SS. D. Greg. XVI., EE. resolutionem approbavit.*

Observandum est ex his resolutionibus minime deduci posse necessariam congruamque sustentationem canonicorum, ecclesiarum, monasteriorum, piorum locorum, pupillorum, aliorumve qui in supradictis rerum adjunctis versantur titulum esse in *justitia* fundatum vi ejus aliquid supra sortem ex pecunia mutua accipi possit, neque legem reipublicæ *in se et per se* ad hoc sufficere; sed tantummodo, etiam sine periculo sortis, alios inveniri titulos extrinsecos ad auctarium annuum 4 vel 5 pro 100 accipiendum.

463. 6° Ep. Atrabatensis ad pedes SS. provolutus exposuit.—Quidam diocesis nostræ confessarii absolvunt quidem illos, qui invictis argumentis sibi ipsis demonstrant legem civilem esse verum aliquid supra sortem accipiendi titulum, aut qui mutuum non exercent, nisi post consilium ab homine perito fide digno acceptum; sed absolutionem iis denegant qui, re minime perpensa, nec consilio a viro capaci petito, 5 pro 100 exigunt absque titulo a theologis admissio, et eo solo, quod audierunt illud *a lege civili permitti, vel a multis exerceri*, et licet moniti, a lucro tamen exigendo cessare nolunt. Ideo humillime expostulat, utrum severior habenda sit posteriorum confessariorum agendi ratio. *Respondit S. Pœnit. die 8 Julii, 1834: Ad præmissa satis provisum per decreta S. Inquisit. in quibus semper supponitur bona fides. In reliquis consulat probatos auctores, aut adeat peritos theologos.*

Sed ex responsione S. Officii ad episc. Nicæensem patet *bonam fidem* non attinere ad *justitiam* sed ad *honestatem* actus quo moderatum lucrum secundum taxam a lege civili statutam mutuatores accipiunt. “Quidam,” ait episc. in sua expositione (b), “atten-

(a) Quatuor alia proposita erant dubia pro quarum resolutione Encyc. Bened. XIV., et probatos auctores consulere monentur. Cf. ap. Carriere, loc. cit., pp. 757, 758.

(b) Cf. ap. Carriere, loc. cit., pp. 766, 767.

dentes ad illa verba in responso apposita, *Bona fide*, contendunt, juxta normam a S. Pœnit. confessariis pluries propositam illos tantum sacramentaliter absolvi posse, nullo imposito restitutionis onere, qui lucrum enuntiatum bona fide percepissent. Alii e contra asserunt etiam illos, qui dubia vel mala fide dictum lucrum percepissent, absolvi posse, nullo imposito restitutionis onere, dummodo parati sint stare mandatis S. Sedis, et aiunt hanc clausulam, *Bona fide*, non respicere onus restitutionis, *sed potius honestatem agentis*, et absolutionem, quam confessarii impertire nequeunt pœnitentibus in mala fide constitutis, nisi prius de patrato in mala fide pœniteant. . . . Humiliter petitur an pœnitentes qui moderatum lucrum, solo legis titulo, ex mutuo *dubia vel mala fide* perceperunt, absolvi sacramentaliter possint, nullo imposito restitutionis onere," et responsum est affirmative. Hanc resolutionem supra protulimus.

Eodem sensu respondit S. Pœn. die 3 Junii 1841. Sacerdos quidam re mature perpensa, putat: 1°. quamlibet usuram esse jure divino et naturali prohibitam, et usuram esse illud omne quod in mutuo ultra sortem exigitur vi mutui; 2°. lucrum illud illicitum et injustum esse, sive mutuatarius sit pauper, sive sit dives, sive ex re mutuata nullum percipiat emolumentum, sive eam sit in negotio utilissime impensurus; 3°. longe probabiliorum videri opinionem theologorum qui docent legem civilem non esse titulum vi cujus liceat aliquid ultra sortem exigere; 4°. decisiones hucusque a S. Pœnit. datas non dirimere controversiam de titulo legis inter theologis agitatam, ac proinde huic quæstioni applicandas esse regulas a probatis auctoribus traditas de usu opinionum moralium. Ideo fatetur non posse inquietari confessarium qui existimat legem civilem sufficientem præbere titulum, et hanc opinionem sequitur in praxi; neque cogendum esse ad propriam opinionem deserendam pœnitentem qui postquam ex auctoritate vel ratione conscientiam moraliter certam efformaverit, moderatum lucrum vi legis percipit. Verum cum ipse probabilistarum placitis nullatenus acquiescere possit, quoties interrogatur, respondit aliis quidem aliter videri, se autem injustum reputare quidquid ultra sortem vi legis percipitur: aliunde si rem habeat cum pœnitente qui *in bona fide supponi nequit, aut cum homine ita simplici et indocto* ut neque ex auctoritate, neque ex ratione conscientiam moraliter certam sibi efformare possit, *vetat omnino ne quoddam lucrum exigat, et si jam percepisset, illi restitutionis onus imponit nisi alia sit excusationis ratio.* Humillime postulat utrum prædicti sacerdotis agendi ratio sit improbanda? S. Pœnit. respondit confessario oratori: *Quod se gerat omnino juxta decreta alias edita in hac materia a S. Pœnit. et a S. Inquisit.*

Punctum Quartum.

Regulæ quædam ad usum spectantes hac in materia observandæ statuuntur.

464. 1^a. Quoniam resolutiones supra dictæ definitivam non continent decisionem S. Sedis neque de titulo legis civilis, neque de fenore moderato a mercatoribus et aliis percepto, unicuique integrum est sententiam rigorosam tanquam speculative veram defendere; sed non potest confessarius, etiamsi rigidiori opinioni adhæreat, cogere pœnitentes tale lucrum restituere, quamvis id *mala aut dubia fide* perceperint, dummodo parati sint iudicio S. Sedis obedire.

2^a. Quoniam obligatio restitutionis ne eis quidem imponi debet qui lucrum prædictum mala fide perceperint, manifestum est tale lucrum non haberi *injustum effective* sed tantum *affective*, et ideo Parochus aut confessarius, si consulatur ab homine pio qui de iustitia talis lucri dubitat, num possit fenus accipere secundum taxam a lege statutam, aut secundum pretium vulgare, eo in sensu quo hos titulos supra exposuimus, respondere potest et debet tale lucrum a S. Sede non esse damnatum, et ideo id percipere posse dummodo paratus sit mandatis S. Sedis obtemperare. Si vero pœnitens confiteatur se tale lucrum huc usque mala aut dubia fide percepisse, quia putaverit titulos expositos non sufficere, cogi non potest restitutionem facere, sed moneri debet S. Sedem de tali lucro sæpe consultam nunquam id damnassee, et ideo eum id juste et licite percipere posse, dummodo S. Sedis mandatis stare paratus sit. Pœnitens vero qui tale fenus bona fide percipit de eo minime interrogari debet. De hac regula vide ea quæ supra diximus n. 461—5^o de Resolutione S. Officii a Greg. XVI. confirmata, ubi respondetur canonicos aliosve beneficiatos, ecclesias, monasteria, pia loca, pupillos, aliasque personas qui in supradictis rerum adjunctis versantur, *et ex pecunia fructum percipere debent, ut congruæ sustentationi consulant*, non esse inquietandos.

3^a. Quoniam S. Sedes per plures annos multas edidit resolutiones quibus docuit eos qui moderatum lucrum ex pecunia mutua percipiunt non esse inquietandos, dummodo parati sint S. Sedis stare mandatis, nullus vere Catholicus suspicabitur eam contrarias resolutiones postea edituram; et ideo existimamus

quum boni catholici semper implicite parati sint S. Sedis mandatis obedire, necessarium non esse monere pœnitentes qui tale lucrum bona fide percipiunt, de obedientia S. Sedi in hac speciali materia debita. Tenentur autem predicatorum, theologi, et alii qui doctrinam Ecclesiæ de hac materia explicant, declarare S. Sedem de ea sententiam definitivam nondum pronuntiasse.

4^a. Quoniam, ut de restitutione agentes dicemus, confessarius qui ex ignorantia graviter culpabili cogit pœnitentem ad restitutionem haud debitam faciendam, aut a lucro licito faciendo efficaciter consilio suo prohibet, tenetur reparare damnum quod inde subito pœnitens; videtur confessarium qui pœnitentem restituere lucrum moderatum ex mutuo perceptum cogeret, aut eum a tali lucro faciendo arceret, ad restitutionem damnorum teneri.

5^a. Doctrinam Ecclesiæ et præsertim Bened. XIV. in Encyc. *Vix pervenit* de usura manere inconcussam, nullamque esse oppositionem inter ipsam et decisiones recentiores S. Sedis, ut supra demonstravimus, et ideo semper illicitum esse aliquid supra sortem accipere *vi præcise mutui*, et recentes decisiones eo inniti principio quod in mutuis nunc adest semper aliquis *titulus extrinsecus*, quo fenus moderatum accipi possit. Quid vero in specie sit hic titulus S. Sedes nondum declaravit, et in varias sententias de eo abierunt theologi, id quod eis certo tamdiu licet dum S. Sedes sententiam definitivam proferat. Itaque etsi nos opinionem quæ nobis probabilior videtur amplexi sumus, hanc cum summa reverentia erga S. Sedem atque obedientia protulimus. Volumus etiam dicere regulas ad usum spectantes quas hic adduximus non omnes in ipsis resolutionibus S. Sedis expresse tradi, sed ut nobis videtur, aut in eis continentur aut ex eis recte consequuntur.

465. 6^a. Ex decisionibus S. Sedis, et ex regulis ex eis deductis existimamus societatibus licere argentariorum accipere pretium aut *legitimum* aut *vulgare* pro pecunia ab ipsis mutua data; lucrum enim hoc modo determinare et mutuataris commodum est, et bono publico perutile (a). Sed nihil ultra hoc fenus nisi ratione specialis tituli extrinseci, et præsertim ratione valde extraordinarii periculi sortis, exigere eis licet. Sed in casibus ubi pecunia mutua non datur, nisi cautione ad sortem tutam præstandam interposita, vix unquam possunt fenus extraordinarium sine violatione tum caritatis tum justitiæ exigere. Certum autem est ex alia parte licere hominibus privatis accipere fenus quod a societatibus argentariorum pro pecunia apud ipsas deposita solvitur, quia tale fenus raro tantum est quantum pro

(a) Cf. ea quæ de Lombardis supra diximus.

pecuniis mutuis datur apud eos qui his rebus negotiantur; et si majus a quibusdam argentariis datur, hoc accipi potest ratione majoris periculi cui sors subjicitur. De argentariis infra expresse tractabimus. Interim sufficit hic dicere hoc negotium plerumque a societatibus, aliquando vero a singulis hominibus exerceri. Quidam ex his negotia eodem modo gerunt quo societates argentariæ, et ideo his ea quæ jam diximus applicanda sunt; quidam vero privati negotium potius nummulariorum [*money-lenders*], et eorum qui pecunias ex syngraphis et chirographis debitas solvunt [*bill-brokers*], quam argentariorum exercent, et de his omnibus regulas sequentes statuimus. In hac re distinguendum est inter eos qui pecunias mutuas etiam minutissimas, v. g. unum aut paucos schelingos dant petentibus, et eos qui nonnisi summas majores, ut unam aut plures libras, mutuas præstant. De eis qui summas etiam parvas dant in octava regula agemus.

7^a. Nummulariis et eis qui syngraphis et chirographis, &c., negotiantur, accipere licet fenus *legitimum* aut *vulgare* pro pecuniis mutuis; ultra hoc vero nihil exigere possunt nisi ratione tituli extrinseci extraordinarii, id est, qui in mutuis pro quibus nonnisi fenus legitimum aut ordinarium solvitur non invenitur.

Utraque pars hujus regulæ satis ex supra expositis stabilita est. Verum nummularii et alii privati qui hoc negotiandi genus exercent fenore communi contenti non sunt, sed fenus omnino extraordinarium, v. g. 20, aut 30, aut 50 aut etiam amplius pro 100 in singulos annos exigunt. Ab his quidem pecuniam mutuam petere plerumque non solent ii qui eam ab argentariis aut ab aliis fenore vulgari accipere possunt. Itaque istis hominibus licet aliquid ultra fenus commune exigere ratione periculi valde gravis sortem perdendi, quando tale periculum revera existit. Sed ipsum negotium talia mutua præstandi, perniciosum est tum civibus singulis tum familiis tum ipsi reipublicæ, ut supra ostendimus. Jam etiam monuimus quum fenus valde grave exigitur, non idem ipsum postulari debere ab omnibus, sed in singulis mutuis rationem titulorum extrinsecorum habendam esse. Revera hi nummularii non idem fenus ab omnibus exigunt; nam fenus quod vix unquam minus est quam 30, sæpe ad 50, 60, 70 aut 80, aut etiam amplius, ad pro centenis exsurgit. Tale fenus exigitur etiam ubi cautio ad sortem tutam præstandam interponitur, et ideo omnino injustum et usurarium est. Plures tamen ex his nummulariis palam quidem profitentur se pro pecunia mutua *moderato* fenore fore contentos. Sed hoc moderatum, quod dicunt, fenus fere semper ad 40 vel 50 pro centenis et non raro ad 80 et amplius exsurgit, etiam ubi cautio sufficiens impensis mutuatarii interpo-

nitur. Patronus qui causam (a) feneratoris nuperrime in judicio dicebat, quæsit a iudice num vellet negotium illius destruere? quasi hoc fieret si ei non concederetur, cautione impensis mutuatarii de sorte et de fenore interposita, facultas etiam apud tribunalia auctarium 39 aut etiam 86 pro 100 quotannis tanquam *moderatum* fenus exigendi. Iudex respondit tot iniquas exactiones feneratorum nuper apud tribunal prolatas esse, ut bono

(a) Juvat ad hanc materiam de qua agimus illustrandam anglice referre hanc causam quæ apud unum ex tribunalibus æquitatis in Anglia adjudicata est. The case was that of *Helsham v. Barnett*, and was tried in London before Vice-Chancellor Malins on the 23rd of January, 1873. The following report is taken from the "Times" of January 24th. The defendant, Louis Barnett, a money-lender at Cardiff, advertised that he was prepared to make loans "*on easy terms*," whereupon the plaintiff, Helsham, seeing the advertisement, applied for a loan of £100, offering as a security a bill of sale upon his furniture. Barnett then sent a clerk to Helsham with a bill of sale in blank. The clerk finding the furniture a sufficient security, advanced £100 to Helsham, and caused him to fill up and execute the bill of sale. This instrument recited that Barnett had lent Helsham £123 2s., contained an assignment of the plaintiff's furniture to the former, and provided for the repayment of the loan of £123 2s., by ten consecutive monthly instalments of £12 6s. 2d., with a stipulation that if the instalments were not paid on the days mentioned, Helsham should pay interest at the rate of 30 per cent. per annum, on the amount unpaid, giving Barnett an immediate power to sell the furniture and repay himself the loan, with interest and costs, charges and expenses. Helsham alleged that he executed this bill of sale in the belief that it was security for £100, and without having it read over to him. Barnett, however, maintained that it was agreed at the time that 22 guineas should be added to the £100 for the interest and expenses, and that the purport of the bill of sale was explained to, and understood by Helsham. H. duly paid the first instalment of £12 6s. 2d., but the cheque which he sent for the second was dishonoured by the bankers. Barnett then through his broker immediately took possession of the furniture, and Helsham filed a bill to restrain him from selling it, and to have it declared that the bill of sale only stood as a security for the £100 actually lent, with due interest. It was stated on behalf of Helsham that, *assuming the costs of preparing the bill of sale and the clerk's expenses at £5 5s., the balance of the £23 2s. would amount to interest at the rate of 39 per cent. per annum, while if Helsham's goods had been sold when the broker took possession, the interest would have been at the rate of 86 per cent. per annum.* The Vice-Chancellor considered that the whole conduct of Barnett was of an overreaching character. He had advertised a loan upon *reasonable terms*, which he thought should not exceed 10 per cent. per annum, and he declared the original loan to have been £100, which should be paid with interest at 10 per cent. According to another report, he also observed that Barnett's counsel during the argument had asked whether the Court would shut up his shop? In reply to that question, the Vice-Chancellor said, he thought that, *considering the many instances of extortion on the part of money-lenders which had recently been laid before the Court, it would be a great public advantage if every money-lender's shop were shut up.*

publico maxime expediret, si nemini hujusmodi negotium exercere permetteretur.

466. 8^a. Quod attinet ad mutua minuta, quum dilapsi sint tum montes pietatis tum societates ad mutua pauperibus præstanda in Hibernia a Gubernio stabilitæ, parvæ pecuniæ mutuæ fenore accepto vix unquam nisi a pigneratoribus conceduntur. Jam antea diximus nos non incusare pignoratores injustitiæ, quum bona fide taxam legalem accipiunt. Insuper si apud eos mos sit dare fere tantum pecuniæ quanti valent pignora accepta, etsi fieri possit ut ea aliquando pluris valeant, aliquando minoris, quam quantum pro eis datum sit, diximus eis licere, pignoribus venditis, totum pretium acceptum retinere: si autem non dederunt valorem pignoris, eos teneri, soluto fenore et impensis, residuum eis qui pignora dederunt restituere. De aliis autem qui pauperibus non dant pecunias mutuas, sed eis merces vendunt, pecunia non præsentī, et majus pretium ob dilatam solutionem exigunt, dicendum est eis accipere licere 5 aut ad summum 6 pro 100 in annum, nisi aliquid amplius ratione periculi valde extraordinarii sortis, aut ratione impensarum domus et ministrorum ad hoc negotium gerendum conductorum, aut propter suum suorumve laborem et industriam quæ in hoc negotio impenditur, juste exigant. Sed, secluso aliquo casu periculi valde extraordinarii, quum mutuum ad unam saltem libram attingit, nunquam concederemus ut fenus 8 vel 9 pro 100 excederet. Insuper quodcumque summa ad decem libras pertingit, tenentur non solum ii de quibus nunc loquimur, sed et ipsi pignoratores se conformare ad regulas quas pro aliis mutuatoribus jam statuimus.

Præterea ii qui mutua præstant pauperibus oblivisci non debent se non raro teneri gratis mutuari pauperibus, etiam quando justos habent titulos ad aliquid supra sortem exigendum.

Denique monendi sunt, ex Encyclica Benedicti XIV., § 8 ii, "qui viribus suis ac sapientiæ ita confidunt, ut responsum ferre de iis quæstionibus non dubitent (quæ tamen haud exiguam S. Theologiæ et Canonum scientiam requirunt); ab *extremis, quæ semper vitiosa sunt, longe se abstineant*: etenim aliqui tanta severitate de iis rebus judicant, ut quamlibet utilitatem ex pecunia desumptam accusent, tanquam illicitam et cum usura conjunctam; contra vero nonnulli indulgentes adeo remissique sunt, ut quodcumque emolumentum ab usuræ turpitudine liberum existiment. Suis privatis opinionibus ne nimis adhæreant; sed priusquam responsum reddant, plures scriptores examinent qui magis inter cæteros prædicantur; deinde eas partes suscipiant quas tum ratione tum auctoritate plane confirmatas intelligent. Quod si

disputatio insurgat dum contractus aliquis in examen adducitur, nullæ omnino contumeliæ in eos configantur qui contrariam sententiam sequuntur, neque illam gravibus censuris notandam assentiant, si præsertim ratione et præstantium virorum testimoniis minime careat; siquidem convicia atque injuriæ vinculum christianæ caritatis infringunt, et gravissimam populo offensionem et scandalum præ se ferunt."

DISPUTATIO DECIMA.

DE CONTRACTIBUS ONEROSIS, DE CONTRACTIBUS QUOS SCRIPTIS
CONFICI NECESSE EST.

467. CONTRACTUS onerosus is est ex quo utraque pars contrahens commodum percipit. Jam supra n. 29 monuimus contractus spectatos ratione modi quo conficiuntur triplicis esse generis; 1. contractus qui confirmantur auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert; 2. contractus qui per factum [*by specialty or deed*] conficiuntur; et 3. contractus simplices. De duobus prioribus contractuum generibus, qui *per specialitatem* [*by specialty*] confici dicuntur, supra n. 30 et seq. egimus. Contractus simplices ex præscriptis juris nostri sunt omnes alii, sive verbis sive scriptis sive rei traditione perficiuntur. Attamen quidam sunt contractus simplices etiam onerosi, quorum executio apud tribunalia exigi nequit, quique ideo vim ligandi in foro civili non habent, nisi scriptis confecti sint. Itaque primum exponemus contractus quos scriptis confici necesse est, et deinde præcipuos contractus onerosos in specie.

§ Prima.

Quid intersit ex jure nostro inter contractus simplices scriptos et non scriptos; et quosnam contractus simplices scriptis confici necesse est, ut in foro civili vim ligandi habeant.

468. Præscriptum discrimen quod intercedit inter contractum simplicem scriptum et non scriptum in duobus constat; 1. in diverso genere testimonii quo lites de eis incidentes dirimendæ sunt; et 2. in eo quod plures contractus simplices vim obligandi in foro civili non habent, nisi scripto instrumento confecti sunt. Supra disp. 2^a § 4^a n. 52 et seq. exposuimus regulas juris nostri secundum quas contractus scriptos interpretari necesse est. Ibi diximus mera verba a contrahentibus dicta aut ante initum con-

tractum scriptum, aut ipso tempore ineundi, sive contractus talis sit, ut scriptis confici debeat ut vim ligandi habeat in foro civili, sive talis non sit, adduci non posse ad contractum ullo modo variandum aut mutandum. Hic autem notandum est discrimen inter contractum simplicem qui rite et valide etiam in foro civili meris verbis confici potest, et contractum qui in foro civili vim non habet nisi scripto instrumento perficiatur. Quando enim contractus talis est ut scriptis confici debeat, quamvis verbis inter contrahentes convenerit aut ante contractum initum, aut ipso tempore ineundi, ut eum postea mutare possint, et hoc postea verbis fecerint, talis mutatio in jure prorsus irrita erit. Quum vero contractus qui scripto instrumento confectus est, rite meris verbis perfici potuit, quanquam ejus sensus mutari aut variari nequit meris verbis aut ante contractum initum, aut tempore ineundi dictis, attamen meris verbis postea mutari aut variari potest. Sic si Caius scripto instrumento conducat Julium ut Londinium proficiscatur primo die mensis Maii proximi, mercede 50 librarum constituta, tribunalia testimonium non accipient ut probetur verbis convenisse aut *antea* aut *eodem tempore*, ut Julio liceat Dublinium et non Londinium pergere. Sed permetteretur Julio meris verbis probare ita inter eos convenisse v. g. postridie ejus diei quo contractus scriptis confectus est.

469. Secundum et præcipuum discrimen inter contractus simplices scriptos et non scriptos inde desumitur quod quidam sunt prorsus infirmi et irriti in foro civili nisi scriptis conficiantur. Hoc præscriptum præcipue nititur stat. notissimo quod *ad fraudes præcavendas* dicitur (*Statute of Frauds*, 29 Car. 2, c. 3). In quinque casibus infra enumeratis, ut contractus simplex vim habeat in foro civili, necesse omnino est ut scriptis conficiatur. Sed antequam hos contractus dinumeremus, notandum est jus nostrum nullo modo velle hos contractus irritos reddere in foro conscientiae; sed tantum recusare actionem qua eorum executio exigi possit. Contrahentes igitur omnino tenentur ex conscientia hos contractus implere. Insuper in aliquibus casibus ubi contractus scriptis confici jubetur, ejus executio a tribunalibus æquitatis mandabitur. Si enim contractus ex parte in executionem perductus sit, tribunalia æquitatis ejus plenam executionem decernent. Iterum si pecunia debita ex tali contractu soluta erit, hæc solutio vim habebit etiam apud tribunalia juris communis. Sic Caius qui Julio successit prædii cujusdam conductor, *verbis* pactus est se huic centum libras daturum, ex quibus quinquaginta ab illo retinendæ essent in proprium commodum, et quinquaginta Petro domino prædii tradendæ. Julius postea recusavit quinquaginta tradere Petro, quia ut statim videbimus hic

contractus scriptis confici debuerit. Re autem delata ad tribunal Banci Regii, Julius coactus est pecuniam solvere. In alio casu Caius actionem Julio intendit ad pretium mercium quas ei vendiderat exigendum. Julius vero respondit contractum inter eos initum esse, quo pactum est ut Caius Julium ab omnibus debitis et causis actionis liberaret, ea conditione, ut hic possessionem quorundam ædificiorum Caio traderet, eique centum libras solveret. Quæ quidem fecit Julius, sed Caius contendebat testimonium non scriptum accipi non posse, quia contractus de ædificiis confici scriptis debuerit. Tribunal tamen declaravit hoc pactum ex ejus executione, id est ex traditione domus et solutione pecuniæ probari posse, sine testimonio scripto, quanquam si actio intenta esset ad possessionem ædificiorum exigendam, fortasse aliter pronuntiatum esset.

470. Quanquam ex comitate gentium quæ dicitur [*the comity of nations*], contractus simplex apud exteram gentem valide initus, apud nostra tribunalia validus habebitur, ejusque executio exigi poterit, in casibus ubi si in nostra civitate initus esset, invalidus judicaretur propter formæ substantialis defectum, res non ita se habet quum de præscriptis statuti ad fraudes præcavendas agitur. Ratio est, quia hoc statutum non irritat contractum, sed solummodo actionem qua ejus executio exigetur recusat. Caius et Julius nostræ reipublicæ cives contractum verbis inierunt in Galliis, quo Caius qui habitavit in Galliis se obligavit ut ova et aves altiles ibi emeret, easque ad Julium qui habitavit in Anglia transmitteret. Caius vero hoc negotium nonnisi post paucos dies incipere debuit, et per unum annum gerere, mercede centum librarum constituta. Julius postea recusavit contractui stare, et actione intenta in Anglia ad contractus executionem exigendam, tribunal declaravit actionem non competere; quia ex statuto contra fraudes hic contractus, utpote non implendus intra annum ex quo initus est, scriptis confici debuerit, et propter rationem supra datam habendus non fuerit in numero eorum in quibus ex comitate gentium locus regit contractum, id est qui judicandi sunt secundum leges loci quo fiunt.

§ 2^a. *De contractibus simplicibus quos ex præscriptis ss. 1, 2, et 4 statuti contra fraudes et perjurias (Statute of Frauds and Perjuries, 29 Car. 2, c. 3), scriptis confici necesse est.*

471. Ex eis quæ in prima et in secunda sectione hujus statuti præscripta sunt, abalienatio agrorum verbis facta, excepta locatione in temporis spatium non longius tribus annis, solummodo confert statum ad arbitrium. In locationibus concessis tempus

non longius triennio redditus pertingens ad duas tertias partes summi pretii annui agrorum reservandus est; aliter locationem scriptis confici necesse est (a). Quando vero agri abalienantur aut locantur in tempus triennio longius, necessarium est instrumentum subscriptum ab eo qui agros abalienat aut locat, aut ab alio qui ad hoc ejus nomine agendum scriptis legitime deputatus est. Insuper ex 8 et 9 Vict. c. 106, s. 3, omnis locatio quæ scriptis confici debet ex Stat. ad Fraudes præcavendas, confecta post diem 1 Oct., 1845, prorsus irrita est, nisi *facto* [*deed*] confirmata sit. Auctoritas vero ad factum nomine alterius conficiendum, non tantum scriptis detur sed etiam sigillo mandetur necesse est. Sec. 4^a. Statuti contra Fraudes hæc quinque genera contractuum complectitur. 1^{um}. Promissio qua exsecutor testamenti, aut administrator spondet se ex propriis suis bonis debita defuncti soluturum, aut damna ab eo illata reparaturum. 2^{um}. Promissio qua quis debita, defectionem [*default*], aut res male gestas [*miscarriage*] alterius in se recipit, ita ut deficiente auctore ipse debita solvere, et damna reparare teneatur. 3^{um}. Pactum ad aliquid agendum, dandum, &c., pro quo pretium [*the consideration*] est matrimonium. 4^{um}. Quodvis pactum de agris, tenementis aut hereditamentis, aut de aliquo emolumento quod ad has res pertineat, excepta locatione in spatium temporis triennio haud longius, ut supra dictum est. 5^{um}. Est pactum quod non ex omni parte in executionem perducendum est intra unum annum ex quo initum est. De his contractibus nulla actio competit, nisi aut conventio ipsa [*the agreement*] ad quam vindicandam actio intenditur, scriptis confecta sit, aut aliqua de ea extet scriptura [*some memorandum or note thereof*], vel ab eo subscripta a quo conventio exsequenda est [*the person to be charged*], vel ab alio qui ad hoc faciendum legitime deputatus est (b). His

(a) Sec. 1, præscribit ut: "All leases, estates, interests, of freehold, or terms of years, or any *uncertain* interest of, in, to, or out of any messuages, manors, lands, tenements, or hereditaments, made and created by livery and seisin only, or by parol, and not put in *writing*, and signed by the parties so making or creating same, or by their agents thereto lawfully authorised *by writing*, shall have the force or effect of leases or estates at will only." Sec. 2, excipit ab hoc præscripto: "All leases not exceeding the term of three years from the making thereof, whereupon the rent reserved to the landlord during such term shall amount *unto two third parts at the least* of the full improved value of the thing demised."

(b) Verba stat. sunt: "That no *action* shall be brought, 1st, whereby to charge any executor or administrator upon any special promise to answer damages out of his own estate: or 2nd, wher-by to charge the defendant upon any special promise to answer for the debt, default or miscarriage of another person; or 3rd, to charge any person upon an agreement made on consideration of marriage; or 4th,

quinque sextus ex alio statuto, 9 Geo. IV., c. 14, s. 6. [*Lord Tenterden's Act*, ut communiter dicitur] addendus est. Ex hoc statuto nulla actio cuiquam intendi potest, propter ea quæcumque sint quæ affirmaverit aut propter fidem quam fecerit de indole, moribus, existimatione, capacitate, rebus secundis, negotiatione, aut consuetudine alterius, *eo fine aut proposito ut hic pecuniam, vel bona, pecunia non numerata, obtineat*, nisi ea quæ affirmaverit, vel fides facta, fuerint scriptis mandata, et nomine ejus qui fidem fecerit, &c., subscripta (a). In præsentī sectione agemus de eis rebus quæ ex præscripto stat. contra fraudes, quinque contractibus supra enumeratis communiter conveniunt; in sequenti de singulis separatim, et de sexto jam indicato tractabimus.

472. Prima quæstio in hac materia attinet ad significationem verbi *conventionis* [*agreement*]. In memoriam revocandum est executionem promissionis gratuitæ apud nos actione exigi non posse. Lex irritam non facit talem promissionem, sed executionem conscientię promittentis permittit. Nisi pretium æstimatione dignum [*a consideration*] pro promissione detur, ejus executio apud tribunalia exigi nequit. Jamvero propter vocabulum *conventionis*, non solum promissio sed et *pretium* scriptis contineri necesse est, aut expresse, aut implicite, quando nempe ex natura instrumenti scripti necessario deducitur. Olim dubitatum est utrum pretium esset omnino necessarium ad sustentandam promissionem scriptam. Sed dubio delato ad senatum superiorem declaratum est "ex nudo pacto quanquam scriptis confecto non oriri actionem." Hoc ergo pronunciatum juris com. nullomodo eversum est per Stat. ad Fraudem præcavendā, sed novum præscriptum additum est, ex quo quosdam contractus onerosos seu conventiones scriptis confici necesse est. Non autem necessarium est ut pretium expressis verbis declaretur; sufficit enim ut homi-

upon any contract or sale of lands, tenements, or hereditaments, or any interest in or concerning them; 5th, upon any agreement that is not to be performed within the space of one year from the making thereof; unless the *agreement* upon which such action shall be brought, or *some memorandum or note thereof*, shall be in writing, *and signed by the party to be charged therewith*, or some other person thereunto by him lawfully authorised."

(a) Verba statuti sunt: "That *no action* shall be brought whereby to charge any person upon or by reason of *any representation or assurance* made or given concerning or relating to the character, conduct, credit, ability, trade, or dealings of any other person, to the intent or purpose that such other person may obtain *money or goods upon credit*, unless such representation or assurance be made in writing, signed by the party to be charged therewith." "I have," ait Smith, "changed the order of the words *money or goods upon credit*, which are absurdly printed in this Act '*credit, money or goods upon*.'" See note in Smith on Contracts, p. 95.

nes ad usitatum modum periti earum rerum de quibus agitur, intelligere possint promissionem ob hoc ipsum pretium et non ob aliud factam esse.

473. Necesse est ut tota conventio ita in scripto instrumento exprimatur, ut nullum testimonium viva ut dicitur voce prolatum necessarium sit, sive ad ipsum contractum sive ad pretium probandum aut exponendum, nisi de quibusdam consuetudinibus specialibus aut de vocabulis artificum propriis agatur, aut *nisi proferatur ad probandum nomen subscriptum verum et germanum esse*. Ex contractu scripto inter Caium bibliopolam et Julium libri scriptorem, qui intra annum ad executionem perducendus non erat, plura negotia facere tenebatur bibliopola, nihil autem exigebatur ex parte scriptoris in instrumento aut expresse, aut quod ex eo necessario deduci posset; et ideo a iudicibus declaratum est actionem ad hujus contractus executionem exigendam intendi non posse; quia ex instrumento non apparebat quod pretium a scriptore solvendum esset. Apocha a curatore auctionum ei qui rem aliquam emit data pro pecunia apud eum deposita [*the deposit-money on a sale*], non sufficit ut conventio venditionis probetur, et ideo si contractus ejusmodi sit ut scriptis confici debeat, ejus executio actione vindicari non poterit, nisi pretium rei venditæ in apocha declaretur. Aliter enim pretium testimonio vivæ vocis probare necesse esset. Idem dicendum est de locationis instrumento in quo tempus in quod res locata est definite non declaratur. Similiter nisi nomina tam venditoris quam emptoris in instrumento scripto contineantur, ad conventionis executionem exigendam actio intendi non potest. Sic Caius Julio satis dedit [*gave a guarantee*], verbis in hunc modum scriptis; spondeo me tibi 800 libras soluturum pro ædificiis quæ pro Sylvio ædificaturus es, nisi ipse solverit. Julius vero recusavit opera perficere. Ideo convenit inter Sylvium et Paulum ut eisdem Caii literis acceptis hic opus perficeret. Caius tempore hujus conventionis non cognovit suas literas Paulo datas esse, sed postea conventioni verbis assensit. Tribunal tamen declaravit actionem Caio intendi non posse, quia nomen Pauli scriptum non esset in instrumento (a).

(a) Operæ pretium erit iudicium quod nuperrime de hac re a tribunali Banci Regii in Angliā pronuntiatum est hic anglīce proferre. It is the case of *Williams v. Lake*. Lake gave a guaranty to Thomas Jones (erroneously called John Thomas) in these words:—April 27, 1857. Sir, I beg to inform you that I shall see you paid to the sum of £800 for the ensuing building which you undertake to build for Messrs. Thomas and Owens. Thomas Lake. Jones refused to undertake the building, and Thomas and Owens having agreed with Williams that he should build it, gave him the guaranty. Of this Lake was ignorant,

474. Solum discrimen inter conventionem et hujus summarium [*a note of the same*] hoc est, quod conventio ad legem et regulam magis composita est quam ejusdem summarium, quod tamen ea omnia quæ pertinent ad essentiam conventionis complecti debet, nempe materiam, limites obligationis, et nomina partium, ita ut ad eam stabiliendam nullum testimonium vivæ vocis sit necessarium. Summarium conventionis scriptis confici potest postquam contractus initus est, sed necessario existere debet antequam actio intendatur. Non est necessarium ut conventio aut ejus summarium in uno instrumento scripto comprehendatur; sufficit si ex pluribus scriptis colligi potest. Caius *verbis* pactus est cum Julio se ei traditurum centum saccos frumenti boni, pretio constituto ut binæ libræ in singulos saccos solverentur. Paucis saccis traditis Julius ad Caium scripsit tam malum esse frumentum ut id vendere non posset, et se actionem ei intenturum nisi saccos traditos auferret. Caius rescripsit se partem contractus rite implevisse, et paratum esse reliquos saccos prout pactum esset tradere; et se actionem Julio intenturum nisi pretium solveret post unum mensem. Hic contractus, utpote pecunia non numerata initus, ex præscripto juris scriptis confici debuit, ut infra de venditione et emptione agentes dicemus. Actione ad contractus executionem exigendam intenta, judex declaravit in his duobus scriptis sufficientem notam conventionis contentam esse. Neque necessarium est ut scripta quibus conventio continetur ad ipsas partes contrahentes mittantur; quanquam enim aliis dantur, satis erit, si ea quæ ad essentiam contractus pertinent, in eis sufficienter exprimantur. Necesse utique est ut instrumento subscriptum sit nomen ejus cui actio intenditur ad executionem conventionis exigendam. Caius quum agebatur de matrimonio ineundo inter Bertham filiam suam et Julium, jussit Petrum filium suum conditiones matrimonii scriptis conficere. Quod fecit Petrus, sed nomen Caii non erat sub-

but he afterwards assented that Williams should have the guaranty. It was held that an action could not be brought upon the guaranty, as *the plaintiff's* (Williams) *name did not* appear in it. "The objection," said C. J. Cockburn, "that there was no agreement must prevail, on the simple ground that in order *that any agreement or memorandum should be sufficient, it is absolutely necessary that the names of the parties to the agreement should appear on its face.* It is said that the terms are satisfied if the note of the agreement contains a proposal which is acceded to by words. But I cannot concur in that way of putting it: the only difference between an agreement *and the note of an agreement is, that in the one instance a formal agreement is meant, and in the other something not so particular in form and technical accuracy, but still containing the essentials of the agreement.* The essentials of the agreement must be stated, that is to say, the subject-matter of it, the extent of the liability contracted thereby, if any, and the names of both the parties to it." Ap. Smith on Contracts, pp. 71, 72.

scriptum. Matrimonio contracto Caius in quâdam epistola ad Sylvestrum data, de nomine suo subscripto, conditiones ante matrimonium scriptas agnovit, et hoc a tribunali judicatum est sufficere, ut actio ei intendi posset ad conditiones exigendas. Attamen diversa scripta ex quibus simul sumptis sufficiens notitia contractus colligi potest, debent ita inter se conjungi ut nullo vivæ vocis testimonio opus sit ad probandum ea ad eundem contractum pertinere. Hoc enim ex ipsis scriptis perspicuum esse debet. Sylvester bibliopola professus est se opera omnia Shakespearei picturis splendide impressis ornata denuo edenda curaturum esse. Prospectum qui dicitur emisit, quo declaravit librum venditum fore subscriptoribus, id est eis qui se libri emptores profiterentur. Significavit insuper singulas libri partes certum numerum paginarum et picturarum continentes, pretio constituto, singulis mensibus edendas esse. Juxta prospectum positus est in taberna libraria, liber cujus titulus erat: Nomina eorum qui se profitentur Shakespearei emptores [*Shakespeare's subscribers, their signatures*]. Caius nomen suum in hoc libro scripsit, sed una et altera parte accepta reliquas recusavit. Totum opus perficiendum non erat nisi post plures annos. Sylvester igitur actionem Caio intendebat, ut eum cogeret reliquas operis partes accipere. Hæc conventio scriptis confici debuit; et nomen ejus cui actio intenta fuit ei subscribi. Ipsa quidem conventio satis scriptis constabat in operis prospectu, et si Caius nomen suum ibi subscripsisset, hoc certe satis fuisset; vel si in prospectu scripto ita subscriptum esset ut constaret eos quorum nomina subscripta erant intellexisse se opus secundum hunc ipsum prospectum accipere debuisse, hoc suffecisset. Sed quia ex ipsis instrumentis scriptis hoc deduci non potuit, judex declaravit actionem non competere.

475. Ex dictis apparet instrumento subscriptum esse debere nomen ejus cui intenditur actio ad conventionis executionem exigendam aut ab ipso, aut ab alio cui is hanc facultatem legitime dederit. Quanquam vero nomen magis proprie et regulariter in fine instrumenti scribi debet, hoc tamen non est necessarium; sed sufficiet si nomen ponatur in initio aut in corpore instrumenti, dummodo tamen is qui nomen suum in initio aut in fine scripserit, inire contractum perfectum voluerit. Itaque quando Caius et Julius contractum inierunt qui perfecte in executionem perducendus non fuit infra annum, etsi eorum nomina in initio instrumenti scripta sunt, attamen quia in fine dictum est: in quorum fidem nomina nostra subscribuntur, nomina autem ibi non sunt subscripta, judex declaravit actionem non competere. Sed quando is qui nomen suum scripserit in initio aut in corpore

instrumenti voluerit contractum perfectum inire, hoc omnino sufficit. Necessarium non est ut nomen manu scribatur; sufficit si typis impressum sit, et tanquam nominis subscriptio agnoscat. Sic in quodam casu vendita quantitate lini neti venditor misit ad emptorem indicem mercis his verbis scriptum. "Londini die 24^o Oct. 1870—Joannes Schneider et socii emerunt centum libris, mille glomera lini neti a Thoma Norris et sociis, procuratoribus vendendo lino neto, No. 3, Freeman's Court, Cornhill." Præter alia, nomina venditorum typis descripta sunt. Hi linum netum quod convenerat suppeditare recusarunt, et actione eis intenta ad contractus executionem exigendam, iudex declaravit, eos unde petebatur (Thomas Norris et socios) mittendo ad petitores indicem mercis in quo nomen societatis typis descriptum est, nomina subscripta sufficienter agnovisse. In alio casu Sylvius procurator Caii, Julio triticum, ejus exemplum ei ostenderat, vendidit pretio constituto. Contractus verbis initus est, sed Julius notam scripsit contractus in proprio suo libro quem apud se conservabat, his verbis: Londinii die 19^o Oct. 1856. Centum sacci tritici Julio venditi sunt sexaginta libris. Nomen suum non subscripsit Julius, sed eo petente, subscriptum est a Sylvio pro Caio: Julius postea contractum implere recusavit, sed actione intenta a Caio iudex declaravit Julium quum notam contractus in libro suo scripsisset, ita nomen suum subscripsisse, ut eo obligari deberet. Instrumentum scriptum, et nominis subscriptio contrahentis cui actio intenditur, quorum utrumque in his duobus casibus proxime relatis necessarium fuisse vidimus, non præscribuntur in 4^a sed in 17^a sectione statuti contra fraudes; de hac sectione infra, ubi de venditione et emptione agemus. Quamquam necessarium est ut in instrumento mentio fiat nominum eorum inter quos fit conventio, ut de ipsis contrahentibus ex eo constet, non tamen requiritur ut uterque contrahens nomen suum subscribat, neque si typis descriptum sit, ut hoc tanquam nomen suum subscriptum agnoscat, aut in fine aut in aliqua parte instrumenti. Sufficit enim si apponatur nomen illius cui actio ad contractus executionem exigendam intenditur.

476. Potest instrumentum subscribi aut ab ipso contrahente, aut ab aliquo alio cui data est legitima facultas hoc faciendi. Necessarium non est, quod attinet ad contractus de quibus nunc agimus, ut hæc potestas scriptis concedatur. Dari enim potest verbis, aut etiam implicite, quando v. g. negotia alicui gerenda committuntur, quæ perficere non potest nisi subscribendo nomen illius ejus vicem implet. Sic in casu supra exposito Sylvius propterea missus est a Caio ad iter faciendum per oppida Britanniae et Hiberniae ut contractus iniret, qui ita perfici non possent ut Caium

obligarent, nisi instrumento scripto cui nomen ejus subnotaretur. Sine dubio si Caius contractum suo nomine initum implere recusasset, nomen ejus a Sylvio subscriptum sufficeret, ut actio in eum competeret qua contractum implere cogeretur. Sed una pars contrahens non potest esse procurator alterius in hoc negotio, et nomen sic subscriptum nihil valeret. Neque potest Sylvius procurator Caii nomen alterius contrahentis Julii subscribere, ita ut eo recusante contractum implere jure cogeretur. Talis subnotatio nominis Julii irrita est, etiamsi Julius rogasset aut ipsum Caium aut ejus procuratorem Sylvium ut suum nomen subnotaret.

§ 3. *De sex contractibus supra memoratis separatim agitur.*

Punctum Primum.

De primo et secundo contractu agitur.

477. De primo ex his contractibus, id est, de promissione executoris testamenti aut administratoris, nihil hic addendum est eis quæ jam de hac materia exposuimus. Secundus contractus est promissio qua Caius recipit se debita, defectionem, aut res male gestas Julii, præstaturum. De hoc contractu a tribunalibus pronuntiatum est, obligationem ipsius Julii ad debitum suum solvendum eo non auferri, et ideo Caium nonnisi in ejus defectu obligari. Sic si Caius dicat Julio mercatori: trade Sylvio quasque merces a te postulabit, et si ipse pretium non solverit, ego id tibi reddam; nisi hic contractus scriptis conficiatur modo supra exposito, quanquam deficiente Julio Caius in conscientia debitum solvere tenetur, attamen in foro civili nulla actio ei intendi poterit. Si autem Caius dicat: trade Sylvio merces quas a te postulabit, et ego pretium tibi solvam, nullum scriptum instrumentum necessarium est, ut actio Caio intendatur; quia Sylvius ad solvendum harum mercium pretium non obligatur, quum Julius eas tradiderit fide et obligatione solius Caii innixus, quamvis eo postulante eas Sylvio tradidit. In alio casu ex tribus fiduciariis Caius, munus fiduciarii abdicavit, ut partem possessionum emeret quæ eorum fidei commissæ erant. Nam nullam harum partem liceret ei emere dum esset fiduciarius sine licentia curiæ Cancellariæ. Alii fiduciarii Julius et Sylvius, qui fidei commissum retinuerunt, damna intulerunt, ad quæ reparanda legatarii actionem in tribunali æquitatis Caio intendebant. Caius per suum procuratorem litium rescripsit legatariis se paratum esse solvere tria millia librarum ad hæc damna compensanda. Postea vero Caius ex consilio jurisperiti ejusdam recusavit hanc pecu-

niam solvere, utpote debitis fiduciariorum non obligatus. Legatarii vero contendebant Caium se fecisse obnoxium solvendis debitis fiduciariorum per epistolam cujus supra mentionem fecimus. Curia tamen Cancellariæ pronunciavit Caium per hanc epistolam se non fecisse obnoxium damnis aliorum reparandis; nam eam dedisset quia putaret seipsum ad hæc damna compensanda obligatum esse, et nullomodo voluisset suscipere obligationem damna aliorum fiduciariorum reparandi.

478. Caius rescriptum ad bona Julii comprehendenda propter debitum judicio impetraverat. Julius autem Caio consentiente omnia sua bona tradidit Sylvio, qui recepit se pecuniam Caio debitam soluturum, ea conditione ut Caius rescriptum executionis tolleret, et jure suo in Julium cederet. Quæ quum fecisset Caius, Sylvius recusavit debitum solvere, quia sua promissio verbis tantum data esset. Non tamen ei permissum est justam obligationem evadere; judex enim declaravit hanc non esse promissionem solvendi debitum *cui alter obnoxius remansisset*. Sed in alio casu Caius actionem Julio intendit in Cancellaria, et opera Sylvi procuratoris in ea agenda usus est. Postea inter eos verbis convenit ut actionem ulterius ne prosequerentur, et ut impensæ quas Caius Sylvio debebat a Julio solverentur. Julius vero impensas solvere injuste recusavit; et actione ei intenta a Sylvio, declaratum est a judice actionem non competere, quia obligatio Caii ablata non esset, et igitur promissio Sylvi scriptis confici debuerit. Sylvius iterum rogavit Caium ut sponderet in re quadam pro Julio, et promisit se eum tutum ab omni damno præstaturum. Damna aliqua passus est Caius, et Sylvius injuste recusavit suam promissionem implere. Actione ei intenta tribunal declaravit hanc fuisse promissionem reparandi damna alterius quibus ipse obnoxius permansisset, et ideo quia scriptis non constaret, actionem non competere. Quando vero Caius propter debitum in custodia tenebatur [*was taken in execution*], et Julius verbis promisit Sylvio se debita Caii soluturum si is ex carcere liberaretur; actione intenta Julio ad exigendam debiti solutionem, judex pronuntiavit necessarium non fuisse ut hæc promissio scriptis conficeretur. Regula enim juris est: ut debitor qui quum propter debitum comprehensus sit [*is taken in execution*] postea ex consensu creditoris liberetur, obligatione debitum solvendi omnino exoneretur. Itaque Julius reddenda libertate Caium obligatione debitum solvendi omnino liberavit, et onus solvendi ipse suscepit.

479. Ea quæ supra tradita sunt de necessitate instrumenti scripti, quando quis onus suscipit obligationes aliorum implendi si ipsi deficiant, non restringuntur ad obligationes quæ ex con-

tractibus oriuntur; pertinent enim ad omnia alia officia quæ a lege imponuntur. Sic Caius equum Julii insecii abstulit ut iter breve citius conficeret. Si equo usus esset moderate, Julius non fuisset graviter invitus; sed ita equum incitavit, ut paulo post moreretur. Hac de causa actione Caio intenta Sylvius verbis Julio promisit se ei certam pecuniam daturum si actionem non prosequeretur. Postea vero injuste recusavit pecuniam solvere, et actione intenta ad eam exigendam, declaratum est a iudice actionem non competere, quia Caius ipse adhuc obnoxius esset damni injuste illati, et igitur promissio scriptis confici debuerit.

480. Quidam olim putabant promissionem Caii verbis datam, de suscipienda obligatione Julii; eo deficiente, jure exigi posse, si data esset ob novum omnino pretium [*consideration*] ipsi Caio utile. Sed contrarium nunc decretum est; namque pretium ob quod talis promissio a Caio datur non efficit ut sine scriptis valeat, nisi tale sit ut obligationem Julii omnino auferat. Talem casum supra exposuimus, in quo pretium erat liberatio debitoris e custodia.

481. Declaratum etiam est scriptum instrumentum non esse necessarium nisi finis proximus promissionis sit, ut promissor obligationem alterius, eo deficiente, in se recipiat. Hinc convenit inter Caium procuratorem et Julium auctorem suum, ut hic in eligendis emptoribus extraordinariam diligentiam adhiberet. Ut autem nulla lis esset postea de diligentia, Julius verbis spondit et recepit se omnes emptores præstaturum, ut si aliquis ex eis deficeret ipse pretium mercium solvere teneretur (a). Aliquibus ex eis deficientibus actio Julio intenta est ad promissionem exigendam. Julius vero respondit promissionem jure exigi non posse, utpote verbis solummodo datam. Sed iudex juste coegit eum promissionem implere; quia quanquam ex tali promissione obligatio solvendi debitum alienum eo deficiente nasci posset, non id tamen præcipue agebatur, sed ut diligentiam extraordinariam adhiberet in eis eligendis quibus merces pecunia non numerata venderentur.

482. Insuper necessarium non est ut promissio scriptis conficiatur, nisi quando data est ei *ipsi cui debitor* primo loco obligatur [*to the person to whom the original debtor is liable*]; si enim data est aut *ipsi debitori*, aut alicui alteri præter creditorem, nullo modo necessarium est ut scriptis fiat. Supponitur alias conditiones necessarias, et præsertim pretium [*the consideration*] ob quod promissio datur in tali pacto adesse; quia ex nudo pacto

(a) Hujusmodi procuratores *del credere* appellantur, de quibus cf. supra, nn. 164, 165.

non oritur actio. Ex præscripto statuti ad fraudes præcavendas, pretium debet in scripto instrumento aut expressis verbis declarari, aut ita ut ex natura instrumenti necessario inferatur. Et hoc præscriptum adhuc vim habet in quatuor ex quinque contractibus qui ex sec. 4^a statuti ad fraudes præcavendas scriptis confici debent. Circa vero contractum de quo nunc agimus, per 19 et 20 Vict. c. 97, s. 3 [*the Mercantile Law Amendment Act, 1856*], novum præscriptum inductum est. Ex hac lege, actio Caio intendi potest ad exigendam executionem promissionis specialis qua is suscipit obligationem Julii, eo deficiente, quam pretium promissionis in scripto instrumento neque expresse declaratur, neque per necessariam consequentiam ex eo deduci possit.

Punctum secundum.

Agitur de sexto contractu.

483. Opportunum erit hic agere de 6^o. contractu de quo mentionem fecimus n. 471; quia est quasi complementum contractus de quo jam tractavimus. Si enim post statutum contra fraudes latum, Caius dixisset Julio mercatori: da Sylvio viro justo et divitiis affluenti quascumque merces postulaverit, et si is pretium non solverit, ego id tibi ipse reddam, actio, quam *assumpsit* dicunt jurisperiti, Caio intendi non poterat, propter fidei jussionem [*the guaranty*], quia promissio scriptis non confecta esset. Sed actio quam *super casum* appellant intendi poterat, qua Julius eum doli mali et deceptionis reum fecisset, et accusasset eum quod sciens de Sylvio ejusque rebus secundis de cepisset. Et si jurati censuissent hoc crimen probatum fuisse, reum coegissent tantum fere in modum compensationis solvere, quantum ex ipsa actione quæ assumpsit vocatur exigi potuerit. Sed quia hoc modo infirmatum erat præscriptum statuti ad fraudes præcavendas, nova lex lata est (9 Geo. IV. c. 14, Lord Tenterden's Act), quâ (sec. 6) verbis maxime generalibus statutum est: ne ulla actio cuiquam intendi possit propter ea quæ dixerit de fama, rebus secundis, divitiis, &c., alterius *eo fine aut proposito ut hic pecuniam, vel bona, pecunia non numerata obtineat*, nisi ea quæ affirmaverit scripto instrumento, ab eo debite subscripto declarentur. Restrungitur itaque præscriptum ad casum in quo Caius ideo quædam de rebus secundis, divitiis, &c., Julii affirmaverit ut is pecuniam, aut merces pecunia non numerata obtineat. Bertha quæ mercaturam faciebat, et in magnis angustiis versabatur rogavit Julium ut merces sibi pecunia non numerata venderet. Julius qui ignoravit eam omnium rerum inopem esse, quæsit a Caio tabernæ mercatoriæ Sylvii ministro, de rebus

Berthæ. Ea olim merces copiosas emerat a Sylvio, qui aliquando ei, quum debitum [*arrears*] non solvisset, alias merces pecunia non præsentī, vendere recusavit. Postea vero Berthæ promittenti se certis pensionibus pecuniam jam debitam soluturam, merces quasdam pecunia non præsentī vendidit Sylvius. Quæquum ita essent, quæsivit Caius a Sylvio quid de rebus Berthæ Julio diceret, qui respondit eum dicere posse de ea vulgo bene existimatum esse [*that he might give her a fair character*]. Itaque quum Julius iterum interrogasset Caium de rebus Berthæ, verba Sylvii ei retulit. Hoc audito Julius vendidit merces Berthæ, pecunia non præsentī. Ipsa merces vendidit et ex fructibus solvit pecuniam Sylvio debitam; sed pretium mercium Julio nunquam reddidit. Actione Sylvio intenta declaratum est a tribunali Banci Regii testimonium de eis quæ Sylvius Caio dixerat quæque hic Julio retulerat, jure recipi non posse, quia Sylvius verba sua scriptis non mandasset. Sine dubio si Sylvius ex dolo vel fraude fidem de rebus Berthæ fecisset, aut si postea quum pecunia ipsi debita solveretur ex pretio mercium quas propter verba ab ipso dicta Bertha accepisset, cognosset eam pretium harum mercium non soluturam, in foro conscientię pecuniam sibi solutam Julio restituere teneretur.

484. Caius falso declaravit Julio in sua possessione esse auctoritates [*the title-deeds*] statūs quem emerat Sylvius, neque statum posse aut vendi aut ulli oneri subjeci se in scio, ideoque Julium pecuniam mutuam Sylvio tuto dare posse. Julius, pecunia sua perdita, actionem Caio intendebat ad compensationem exigendam; sed tribunalia hanc manifestam injustitiam reparare non potuerunt, quia Caius quæ dixerat scriptis non mandasset. Insuper declaratum est fidem factam a socio de rebus suæ societatis habendam esse tanquam professionem de rebus alterius, et ideo nisi scriptis fieret actionem propter eam intendi non posse. Sed socius non excusatur in conscientia, si ex dolo vel fraude fidem falso fecerit. Si vero Caius fidem Sylvio de rebus Julii falso fecerit, tum verbis tum scriptis, et Sylvius motus sit tum verbis tum scriptis dolosis, ita ut nec solis verbis nec solis scriptis credidisset, actio Caio intendi potest, quia pars gravis [*material*] eorum quæ dicta sunt scriptis continetur.

Punctum tertium.

De tertio contractu.

485. Tertius contractus qui scriptis confici debet, est conventio in qua pretium [*the consideration*] propter quod fit promissio, est

matrimonium. Quum Caius et Bertha inter se spondent de matrimonio contrahendo, hæc non est conventio cujus pretium est matrimonium, et ideo propter violatam hanc promissionem, quamvis verbis solummodo datam, actio intendi potest. Sed omnes aliæ promissiones circa hanc materiam quarum pretium est matrimonium scriptis fieri necesse est; aliter earum executio jure exigi nequit. Sic promissio sponsi ante matrimonium facta sponsæ, quâ se obligat ad bona, etiam mobilia, uxoris in ejus proprium commodum ordinanda, exigi nequit apud tribunal Cancellariæ nisi scriptis contineatur. Sed si scriptis exstet, rata habebitur, quanquam in ipso instrumento agnoscatur promissionem ante matrimonium datam esse, etsi revera nonnisi post matrimonium data est. Caius antequam Bertha filia sua Julio nupsit, *verbis* promisit se ei tantam partem suorum bonorum quantam ceteris liberis legaturum. Bertha mortua est, vivente Caio, relictis liberis, et Caius qui nullam dotem dederat Berthæ, nihil in suo testamento aut illius marito aut liberis legavit. Sed Caius in causa aliqua Julio intenta, jurejurando affirmaverat promissionem quam Julio verbis fecerat ante matrimonium, et tribunal declaravit promissionem hoc modo agnitam satis scriptis constare.

Punctum quartum.

De quarto contractu quem scriptis confici necesse est.

486. Quartus contractus quem scriptis confici necesse est, complectitur omnes conventiones de agris, tenementis aut hereditamentis, aut de quovis emolumento quod ad eos pertineat, excepta locatione agrorum in temporis spatium triennio haud longius, quæ adhuc sine scriptis confici potest. Ex eis quæ de significatione legali verbi *agri* tradidimus in tractatu de justitia n. 256, apparet hoc verbum latissime patere. In præscripto tamen de quo nunc agimus hoc verbum non tantum ipsos agros modo quo jam diximus expositos, sed et omnia emolumenta quæ ad eos attinent complectitur. Lites quæ motæ sunt de interpretatione statuti contra fraudes, qua ad hunc contractum pertinet, præcipue versabantur in hac quæstione *quæ emolumenta ad agros attinere dicenda essent*. Declaratum est a tribunalibus conventionem qua Julius jus exclusivum per aliquod tempus determinatum contulit in Caium ad herbam crescentem demetendam et siccandam [*the vesture of land*], ad agros attinere, et ideo scriptis confici debere. Idem declaratum est de conventionem qua Caius concessit Julio jus aquam ex suo puteo hauriendi. Idem declaratum est de contractu quo venditi erant lupi [*hops*] *crescentes*, nullo tempore ad eo aufe-

rendos statuto et ubi ager ut merum horreum his rebus asservandis non est habitus. Sed quum maturi fructus solani tuberosi venditi essent, et emptor hos statim auferre teneretur, declaratum est ex hoc contractu nullum commodum in agris concessum esse. Immo venditis solani tuberosi tunc *crescentis* fructibus, pretio in singula jugera constituto, et tempore intra quod fructus auferri deberent non præfinito, declaratum est hunc contractum nullum commodum in ipsis agris contulisse. Difficile aut potius impossibile est diversas decisiones de his rebus inter se componere. (a). Ex recentioribus tamen decisionibus videtur nunc dicendum esse rationem discriminis ut intelligatur num contractus versetur circa emolumenta ex ipso solo percipienda necne, ex ipsa natura fructuum repetendam esse. Illi enim contractus quatenus attinent ad fructus terræ *naturales et immaturos*, ut gramen, virgulta crescentia, fructus immaturos arborum, qui ab emptore tempore apto ex agris auferendi sunt, ad emolumentum ex agris percipiendum spectare censentur, et ideo ex statuto hos scriptis confici necesse est. Si autem fructus sunt tales quales theologi *mixtos*, nostri autem jurisperiti *industriales et emblementa* appellant, ut frumentum, fructus solani tuberosi, alique fructus qui non sine labore et industria humana a terra singulis annis colliguntur, contractus circa illos ad emolumenta ex agris percipienda pertinere non censentur, et ideo ex 4^a sectione stat. contra fraudes eos scriptis confici opus non est. Dicimus ex 4^a sectione, quia de alia sect. ejusdem statuti (17^a) quæ ad venditionem bonorum specialiter attinet, infra agemus. Quæ hic diximus de interpretatione sect.

(a) "It is difficult to reconcile all the decisions and dicta on this subject, there being, as has been said, no general rule laid down in any of the cases, *that is not contradicted by some other*. But thus much appears to be now settled, viz., that, with respect to emblements or *fructus industriales (mixti)*, a contract for the sale of them *while growing, whether they have arrived at maturity or not*, and whether they are to be taken off the ground by the buyer or seller, *is not a contract for the sale of an interest in land*; but that a contract for the sale of a crop *which is the natural produce of the land, if it be unripe at the time of the contract, and is to be taken off the land by the buyer*, is a contract for the sale of an interest in land. . . A mere *license* to use land, such as a parol agreement for liberty to stack coals on a close for seven years, with the sole use of that part of the close for seven years; or to stack hay on land for a convenient time until sold, is not within the statute; or to put a skylight over Paul's area which prevented the light and air from coming through a window to Peter's house. But in general an easement upon the land of another cannot be obtained by parol license, so that the cases which support a contrary doctrine are no longer law. But a *personal license to inclose a piece of waste* and erect a cottage was held not to be a grant of an interest in land." Cf. Chitty, pp. 282 et seq., et Smith, pp. 101 et seq.

4^{ae}. circa contractus de fructibus industrialibus (mixtis) (a), conveniunt etiam in contractus de fructibus, qui tum quum fiunt contractus immaturi sunt, et nutrimentum a terra accipiunt, et desecari debent ab emptore; adhuc enim is nullum commodum in ipso solo habere censetur, prout non semel expresse declaratum est (b). Ex altera vero parte, pluribus decisionibus stabilitum est, emptorem graminis crescentis quod ipse ex contractu secare teneatur; aut silvæ cæduæ [*underwood*] quam ipse cædere debeat; aut fructuum arborum quos ipse debeat colligere, dummodo hæc omnia immatura sint tempore quo contractus initur; accipere commodum in ipso solo, et ideo ad exigendam executionem contractuum de his rebus nullam actionem intendere posse nisi scriptis confecti sint.

487. Verum manifestum est hanc distinctionem de commodo in ipso solo esse puram juris fictionem. Ridiculum est enim dicere eum qui emit segetes crescentes adhuc immaturas quæ ab ipso metendæ sunt, nullum commodum habere in solo in quo crescunt, eum autem qui emit gramen crescens prati quod ab ipso desecandum est commodo in ipso solo frui. Hæc distinctio etiam repugnat principio huic juris com. notissimo, omnes fructus sive naturales sive industriales (mixtos), quamdiu ab ipso solo non separantur, partem ipsius soli [*parcel of the reality*] habendos esse (c). Quæ de hac materia in jure traduntur longe clariora et faciliora essent, si iudices rationes pro diversis et etiam contrariis sententiis quas de his rebus dixerunt, non ex commodis aut levamentis in solo habitis, sed ex natura fructuum hausissent; ita ut quando contractus respicerent fructus naturales scriptis confici deberent, secus vero quando respicerent fructus industriales (mixtos). Sed revera nulla satis firma ratio adduci potest, quare contractus de utriusque generis fructibus non eisdem præscriptis regi debeant, ita ut contractus de cujuscumque generis fructibus a terra non separatis confici scriptis opus sit, contractus autem verbis perfici liceat quum ad fructus a terra avulsos attineant. Sed quoniam hoc nunc fieri nequit nisi per statutum parlamenti, ad illustrandam legem, qualis nunc decisionibus judicium constituta est, quosdam alios casus hic proferre juvat. Sic quum verbis convenisset inter Caium et Julium de venditione arborum, quarum quasdam jam ceciderat venditor, et ceteras cædere tenebatur, declaratum est hunc contractum non ad emolumentum ex agro

(a) De variis generibus fructuum et de emblementis, cf. tract. de justitia, n. 334 et seq.

(b) Cf. Chitty, pp. 282, 283, et Smith, pp. 101, 102.

(c) Cf. tract. de just. loco cit.

percipiendum sed ad arbores cæsas seu mera catalla attinere. In judicio pronuntiando in hoc casu unus ex iudicibus [*Littledale*], declaravit hanc suam esse sententiam: Etiam si contractus attineret ad arbores crescentes cædendas, ex quo specialis licentia Julio concessa esset agros ingrediendi ut arbores cæderet, talem contractum ad emolumentum ex agris percipiendum non pertinere. In alio casu Caius et Julius verbis inter se pacti sunt mense Augusto, ut Julius 45 libras daret pro segetibus in agris Caii crescentibus, stipula, fructibus crescentibus solani tuberosi, et pro gramine ad pascendum apto [*lay grass*] quicquid in agris esset. Julius ex pacto debebat frumentum demetere, et fructus solani tuberosi effodere; et Caius jus habebat pecora sua simul cum pecoribus Julii in agris pascendi, et tenebatur decimas solvere. Julius vero postea recusavit contractui stare, quia scriptis non contineretur, et actione ei intenta declaratum est partes non contraxisse de ullo commodo ex ipso solo percipiendo, et contractum fuisse de bonorum venditione, excepta parte quæ ad gramen pertinebat, et hunc fuisse contractum de pecoribus pascendis in pascuo communi, pretio constituto [*agistment*]. Necesse autem non est hujusmodi contractus scriptis confici ut eorum executio jure municip. exigi possit. Contractus quidem venditionis solis verbis initus, in hoc casu irritus esset ex s. 17, stat. contra fraudes, sed nulla quæstio de hac sectione in hoc casu oriri potuit, quia quum contractus iniretur; Julius unum schelingum in modum arrhæ Caio dederat, et hic est unus ex modis quibus præscripto hujus sectionis satisfieri potest.

Item quum Caius dominus domus verbis pactus esset cum Julio domus conductore, ut emeret, pretio ex æstimatione constituto, res mobiles affixas [*fixtures*]; declaratum est hanc conventionem agros non respexisse.

488. Verbis convenerat ut apud Caium victus et hospitium præberentur Julio ejusque famulo, et equile, pro quibus 200 libræ in singulos annos solvendæ essent. Julius postea recusavit conventioni stare, et actione intenta declaratum est hoc pactum ad agros non attinere, quia hæc conventio huc rediit, ut Julius quasi pars ipsius familiæ esset. Sed quum verbis convenisset ut Sylvius mercede annua statuta, habitationem conductam [*lodgings*] a Caio acciperet, et eam possidere inciperet die prima mensis insequentis, declaratum est hanc conventionem ad emolumentum ex agris percipiendum pertinere.

Quum convenisset inter Julium et Caium, mercede annua statuta, ut Caius domum Julii habitaret postquam rite instructa esset, et ut Julius se ad eam instruendam obligaret, hanc con-

ventionem ad commodum ex agris percipiendum attinere declaratum est. Item quum Caius domum instructam in certum tempus conduxisset, et postea verbis pactus esset cum Julio se domum ei abalienaturum in reliquum tempus quod supererat de spatio in quod ipse eam conduxerat, ea conditione ut Julius impensas necessarias ad domum sartam et tectam reddendam præberet, declaratum est hunc non esse ejusmodi contractum ut Caius domum reparare, et possessionem Julio dare teneretur, neque Julius impensas reparationis solvere, sed pactum esse de abalienatione [*an assignment*], ideoque hanc conventionem ad emolumentum ex agis attinere, quia totum commodum quod Caius in domo haberet complecteretur.

Præscripta hactenus exposita æque valent, sive commodum ex agris percipiendum est *legale* sive *æquitabile*.

489. Sed quum verbis pactum esset ut Julius 2,000 libras Caio mutuas daret, cautione oblata ex quibusdam agris qui ei in vadio mortuo dandi essent, si Caius probaret se titulum justum ad agros in vadio mortuo tradendos habere; quumque hic promississet se impensas a Julio in titulo investigando factas soluturum, si aut titulus bonus non esset, aut si ipse mutata voluntate vadium mortuum perficere recusaret; declaratum est contractum tantummodo ad investigationem tituli pertinere, et ideo necesse non fuisse ut scriptis conficeretur. Quum vero Petrus qui agros suos in vadio mortuo abalienarat Paulo, jus suum *æquitabile* ad hos redimendos verbis dedisset Caio, declaratum est Caium executionem hujus pacti apud tribunalia exigere non posse utpote scriptis non confecti. Etiamsi agri sub hasta publica vendantur, necesse est ut pactum instrumento scripto perficiatur; et ut a curatore auctionum ut procuratore venditoris, et ab emptore subscribatur; actio enim neutri intendi potest nisi ejus nomen subnotetur.

Ex his omnibus concludendum est ubicumque commodum ex agris percipiendum, modo exposito intellectum, sit pretium ab uno contrahente datum pro alterius promissione, executionem contractus jure exigere non posse, nisi scriptis confectus sit; si vero contractus attinet ad fructus industriales [*mixtos*] seu *emblementa*, tali modo firmari necesse non esse. Sic quum verbis convenisset ut Caius Julio suppeditaret aliquantum seminis rapi; et ut Julius semen ex fructibus hujus perceptum Caio venderet, singulis schellingis in singulos modios, declaratum est contractum ratum esse, quia semen res mobilis effici deberet antequam Caio traderetur. Ex altera parte vidimus pactum verbis initum, ex quo Caius promiserat se domum suam instructuram hac conditione ut Julius

eam conducere et habitare, irritum esse, quia pretium hujus promissionis, nempe domus conductio et inhabitatio, ad emolumentum ex agris percipiendum attinebat.

Quamquam, ut jam vidimus, locatio agrorum in spatium temporis triennio haud amplius verbis confici potest (a), attamen pactum quo Julius promittit se quosdam agros Caio locaturum, in foro civili non obligat nisi scriptis continetur, quia 2^a. sect. stat. tantum ad ipsam locationem, non vero ad promissionem locationis attinet; et quoniam promissio de agris locandis est contractus qui ad commodum ex agris percipiendum pertinet, praescripto 4^{ae}. sect. regitur. Ideo quum verbis pactus esset Caius ut certos agros in reliquum tempus quod supererat de spatio in quod ipsi locati sunt, abalienaret Julio, declaratum est hunc contractum irritum esse, quamquam duo tantum anni supererant.

490. Contractus qui non ad ipsos agros, nec ad commoda ex eis percipienda attinent, sed ad res quæ eis incidunt [*things collateral to the land*], qualia sunt quæ affixa dicuntur [*fixtures*] (b), scriptis confici necesse non est. Sic quum agris colono jam locatis, convenit verbis ut dominus agros meliores efficiat, ea conditione ut redditus annuus a colono solvendus augeatur, contractus ratus est. Item contractus de venditione partium communis rei societatis quæ viam ferream possidet verbis confici potest. Quum idem contractus verbis initus tum ad agros tum ad bona mobilia attinet, totus contractus irritus est; si autem contractus qui eodem tempore tum de agris tum de bonis mobilibus verbis conficitur, aut expresse, aut implicite, duos diversos contractus complecti a iudicibus censeatur, quatenus attinet ad agros erit irritus, ratus vero quatenus ad bona mobilia (c). Declaratum est a iudicibus in Hibernia contractum de partibus communis rei societatis quæ metalla exercenda curat scriptis confici debere; sed quum metalla certo modo exercentur, contraria juris interpretatio prævalet in Anglia (d).

Contractus de agris qui venduntur ex decreto aut Cancellariæ aut tribunalis agris vendendis haud ita pridem in Hibernia constituti [*The Landed Estates Court*], scriptis confici necesse non est. Insuper quum Caius actionem Julio intendisset in tribunali æquitatis ad exigendam executionem contractus qui scriptis fieri debuit, et Julius exceptionem scripsisset qua conventionem

(a) De locatione agrorum, cf. tract de just., n. 327.

(b) Cf. Ibid., nn. 337, et seq.

(c) Cf. casus de hac re ap. Chitty, p. 284.

(d) "A contract for the sale of shares in a mine worked on the cost-book principle is not held (in England), it seems, to be within the 4th section of the Statute." Ap. eund. ibid.

cum Caio initam agnovit, declaratum est hoc sufficere ut contractus scriptis contineri diceretur.

491. Memoria tenendum est id quod supra diximus, hos contractus ne in civili quidem foro effici irritos, sed eorum executionem actione exigere non posse. Et hoc adeo verum est ut ipsius contractus executio apud tribunalia juris com. exigere non possit, etiamsi unus ex contrahentibus suam partem jam impleverit. Sed quum unus ex contrahentibus suam partem contractus ideo irriti quia scriptis non continetur bona fide impleverit, tribunalia etiam juris com. quamquam executionem contractus irriti decernere nequeunt, cogent tamen alterum contrahentem, eum qui suam partem impleverit indemnem reddere, et sæpe indirecte ipsum contractum exsequi. Sic quum Caius ex conventionem inita solis verbis cum Julio de emptione graminis prati cujusdam, hoc succisum abstulisset, tribunal juris com. coegit illum pretium solvere, non quidem ex conventionem, sed ex novo contractu implicito de bonis venditis et traditis. Similiter quum Caius ex contractu verbis inito domum Julii id circo reparasset quia ille promiserat se ei locationem quamdam abalienaturum [*in consideration of the assignment of a lease*], et Julius locationem abalienare recusasset, quia hoc pretium ad agros attinebat scriptisque confici debebat; tribunal tamen juris com. declaravit actionem ad compensationem obtinendam pro labore et opere peracto competere. Sed quum conventio ideo irrita quia scripta non est, ex parte in executionem perducta erit, tribunalia æquitatis executionem ipsius contractus decernent. Sic quum verbis pactum esset, ut Caius quosdam agros et domos locaret Julio, qui vi conventionis agros et domos occupavit, tribunal æquitatis coegit eum suam partem exsequi. Hoc fit ex principio justo quod *nemini fraus sua patrocinari debet*.

Manifestum est omnino expedire ut omnia pacta de agris aut de domibus et de rebus ad eas pertinentibus conficiantur scriptis, non solum quia semper adest periculum ne contractus verbis initus, irritus declaretur, sed insuper quia partes de natura et ratione contractus ipsius sæpe disputant, et ad lites recurrunt.

Punctum Quintum.

De quinto genere contractuum quos scriptis confici necesse est.

492. Ultimum genus contractuum quos ex sect. 4^a. scriptis confici necesse est, ii sunt qui ex earum facie, ut aiunt, implendi non sunt ab alterutra parte intra annum. Computatio vero fit a die quo contractus initus est. Unde fit ut si famulus condu-

catur in annum a die futuro computandum, pactum scriptis conficiendum sit. Item quum Caius Julium conducit ministrum, hac mercede, ut ei solvantur in primum annum L libræ, in secundum C, in tertium CX, pactum scriptis constare opus est. Et hoc verum est etiamsi ita convenerit ut certo casu incidente ministerium intra annum finiri possit. Sed quum Caius conducit Julium nullo certo termino ministerii præfinito, quanquam conductio ita intelligi potest [*may be construed*] ut sit in unum annum, et deinceps de anno in annum, attamen quoniam non apparet ex facie contractus executionem ultra annum differendam esse, necesse non est ut hoc pactum scriptis conficiatur. Et hoc tenendum est, etiamsi executio revera ultra annum differatur. Itaque quum convenit ut Caius eo die quo matrimonium contraxerit Julio solvat decem libras pro una, aut ut pecuniam aliquam ei tradat quum certa navis in portum pervenerit, aut ut certas res ei leget, hæc pacta firma sunt, etsi solis verbis inita. De hujusmodi pactis major pars judicum declararunt (a); “That where the agreement is to be performed upon a contingency, and it does not appear within the agreement that it is to be performed *after* the year, there a note in writing is not necessary, for *the contingency might happen within the year*; but where it appears by *the whole tenor of the agreement that it is to be performed after the year*, there a note in writing is necessary.” Non requiritur ut ex facie contractus res pacta perficienda sit ex utraque parte intra annum, sed sufficit si facienda sit ex alterutra. Caius locatis Julio quibusdam agris in aliquot annos, verbis pactus est se 50 libras impensurum in agros meliores efficiendos, ea conditione ut quinque libræ mercedi annuæ adderentur. Actione intenta ad hujus contractus executionem exigendam, declaratum est necessarium non fuisse ut scriptis constaret, nam ex facie contractus non apparebat obligationem Caii ultra annum differendam esse. Caius inventor ejusdæm novi operis manu facti (b), obtento per *litteras patentes* jure exclusivo instrumenta secundum exemplum a se inventum conficiendi, litteras accepit a Julio quibus hic petebat ut jus per litteras patentes obtentum sibi assignaretur, in usum et commodum ejusdæm societatis [*an institution*] quam administrabat, his conditionibus ut Julius ipse pecuniam propter litteras patentes proxime debitam solveret, et ut Caius quinas libras pro centenis ex lucro acciperet. Si lucra quæ Caio solverentur ad certam summam dictam non pervenirent in primo et sequentibus annis, ei liceret jus per litteras patentes obtentum

(a) Ap. Smith, p. 109..

(b) De hac materia cf. tract. de Justitia, n. 646 et seq.

iterum sibi assumere. Hæc conditio verbis facta et accepta est. Julius postea recusavit contractui stare; tribunalia tamen coegerunt eum suam promissionem adimplere, quia Caius suam partem intra annum adimplere potuit, et nihil ex facie instrumenti apparebat, unde concludi posset hanc non esse intra annum perfecte exequendam.

Verbis convenerat inter Caium et Bertham, ut hæc ejus ancilla esset, quamdiu utrique placeret; et ut ille testamento suo annum censum ei in vitam fruendum relinqueret. Caius postea recusavit Bertham famulam accipere, et actione ei intenta declaratum est hanc conventionem non debere necessario scriptis confici, quia ex ejus facie non apparebat famulatum ultra annum protrahendum esse, quamvis ita protrahi potuerit. Sed hoc non mutavit naturam contractus, nec effecit ut scripto instrumento opus esset, ut ex casibus jam allatis manifestum est.

In alio casu Caius verbis promisit testamenti sui exsecutorem soluturum Julio mille libras. Caio mortuo Sylvius testamenti exsecutor recusavit pecuniam solvere; sed actione ei intenta declaratum est hanc conventionem scriptis necessario confici non debere; ex ipsa enim non constabat eam exequendam non esse intra annum, quamvis fieri posset ut ejus exsecutio ultra annum protraheretur.

In alio casu Bertha dicebat se nutrituram quemdam infantem per unum annum si sibi solverentur quini schelingi in singulas hebdomades. Renuit Caius, quia nimia esset hæc merces. Denique verbis convenit ut Bertha infantem hac mercede nutriret, quamdiu Caio placeret. Remansit infans apud Bertham ultra duos annos. Actione Caio intenta ad quinos schelingos in singulas hebdomades exigendos, declaratum est scriptum instrumentum non fuisse necessarium, quia contractus quanquam ultra annum perdurasset, attamen finire potuerit quodcumque Caius vellet.

493. Sed quando ex verbis quibus contractus conficitur, aut ex ejus natura implendus non est intra annum, ut si Caius se profiteatur emptorem libri qui per partes edendus est, quas partes intelligunt contrahentes intra annum non omnes emissas fore, ejus exsecutio exigi non potest, nisi scriptis constet. Et idem dicendum est quando ex facie contractus apparet ex mente contrahentium eum exsequendum non esse intra annum, quanquam accidere potest ex casu aliquo aut ex consuetudine ut intra annum ad executionem perducatur. Sic contractus quo Caius se obligat ad censum annum Julio pendendum scriptis confici necesse est; quia quamvis terminari possit ante finem anni morte Julii, contrahentes tamen eum ultra annum perduraturum arbitrantur. Iterum Caius qui jam ab anno 1864 Julii negotia procurabat,

verbis novam iniit cum eo conventionem, mercede aucta, mense Octobri 1866, ea conditione ut alteruter contractum dirimere posset, indicio trium mensium alteri dato, ante diem primam Sept. 1867; si autem nullum indicium datum esset, ut contractus in alium annum ab hoc tempore computandum perduraret. Actione intenta ad hujus contractus executionem exigendam, declaratum est eam non competere, quia contractus non obstante facultate eum terminandi intra annum, ex ipsa ejus facie exsequendus non erat intra annum; et judex in sententia proferenda dixit rem quæ teneatur de anno in annum, teneri in totum annum, etiamsi contractus pactum contineat quo intra annum terminari possit.

Iterum convenit verbis ut Caius vehicularius rhedam Julio in quinquennium locaret vicenis libris in singulos annos. Ex consuetudine hujus negotii quæ erat in loco quo contractus initus est, terminari a Julio potuit quolibet tempore, ea conditione ut mercedem unius anni solveret. Recusavit Julius contractui stare, neque pretium unius anni solvit, et actione ei intenta declaratum est eam non competere, quia contractus scriptis non contineretur.

Denique observandum est instrumentum a Caio subscriptum et a Julio verbis acceptum sufficere ut actio ad contractus executionem exigendam Caio intendatur; et si Julius rescribat se in conventionem consentire, aut si in tergo instrumenti scribat se pactum in eo contentum accipere, nomenque suum subscribat, actionem huic quoque intendi poterit.

DISPUTATIO UNDECIMA.

DE CONTRACTIBUS ONEROSIS IN SPECIE, ET DE CONTRACTU
VENDITIONIS ET EMPTIONIS.§ 1. *De contractibus onerosis in specie: de natura contractus venditionis et emptionis.*

494. PRÆCIPUI contractus onerosi sunt: 1. venditio et emptio; 2. *Bailment*, qui anglice dicitur; 3. societas et contractus trinus; 4. pacta [*bonds*]; 5. cambium, syngraphæ et chirographa; 6. census annui; 7. locatio et conductio; 8. fidejussio, pignus, et hypotheca [*vadium mortuum*]; 9. assecuratio; 10. sponsio, sortio seu loteria, et ludus. Ex his contractibus septem priores sunt principales, ii qui sub numero 8 ponuntur sunt accessorii (a); et ii qui numeris 9 et 10 continentur aleatorii appellantur (b).

Punctum Primum.

Utrum in contractu venditionis et emptionis dominium rei, vel juris quod venditur, in emptorem directe et vi contractus transferri debeat?

495. Venditio et emptio est *contractus quo rei alicujus vel juris dominium ab uno in alium directe et vi primæ voluntatis contrahentium transfertur pretio constituto* (c). Itaque ut hic contractus ratus sit secundum juris nostri præscripta, tria requiruntur, 1°. mutuus partium consensus de quo satis supra diximus (d); 2°. res cujus dominium a venditore in emptorem transferendum est; 3°. pretium ab emptore solvendum. Quod attinet ad rem cujus dominium a venditore transferendum est; non hic specialiter agemus de sollennitatibus quæ necessario servandæ sunt in abalienationibus proprietatis immobilis, quoniam de his tum in tractatu de

(a) Cf. sup., n. 20.

(b) Cf. ibid., n. 21.

(c) Cf. Stephen. vol. 2, p. 68.

(d) Cf. supra, n. 90 et seq.

justitia (a), tum supra (b) diximus. Sufficit hic dicere abalienationem proprietatis immobilis sive incorporalis sive corporalis (non hic agimus de statibus qui *per copiam rotuli* tenentur (c), nunc semper per factum [*by deed*], aut per testamentum perfici. Sed contractus simplex scriptis constans quo agri venduntur, etiam quorum feudum simplex venditur et emitur, ratus et validus est, et quanquam tribunalia juris com. ejus specificam executionem decernere nequeunt, attamen astringent eum qui contractui stare recuset ad damna quæ inde passus sit alter contrahens resarcienda; et tribunalia æquitatis eum cogent ipsum contractum implere et factum abalienationis exsequi. Ratio hujus discriminis hæc est, quod apud tribunalia juris com. præcipua vis contractus tribuitur facto abalienationis, et donec hoc conficitur, dominium agrorum manet apud venditorem, et emptor tantum accipit dominium juris ad rem, id est juris ut venditor factum abalienationis exsequatur, quod si non fecerit tribunalia cogent eum compensationem propter violationem contractus alteri contrahenti facere. Tribunalia vero æquitatis præcipuam vim tribuunt ipsi contractui, quo rite confecto dominium status æquitabilis statim in emptorem transfertur, et venditor tanquam merus fiduciarius, et possessor status tantum legalis respicitur, quem etiam cogent factum abalienationis conficere, et statum legalem in emptorem transferre. Infra de formis quæ ex juris præscriptis in contractibus simplicibus venditionis et emptionis servandæ sunt agemus. Sed hæc de contractibus qui circa proprietatem immobilem consistunt, necessario præmittenda erant ut quæstio de qua nunc agendum est intelligatur.

496. Prima quæstio hic tractanda hæc est, utrum in hoc contractu dominium rei venditæ necessario transferatur? Imprimis hic observandum est, nullo modo necesse esse jure solo naturali spectato, ut res in possessionem emptoris tradatur, quoniam rei dominium sine possessione transferri potest. Deinde non est quæstio de pretio; namque venditionem perfici posse pretio non soluto ab omnibus agnoscitur. Præterea si agatur de contractu quo dominium non transfertur ex defectu voluntatis aut potestatis vendentis, v. g. quia vendit rem alienam, Lugo (d) post plures alios docet contractum perfici in posteriore casu, non item in priore; revera tamen ne in secunda quidem perficitur venditio; quia quando fur vendit rem furtivam, non intercedit *verus* contractus

(a) Cf. in præcæm., n. 50, et in opere ipso, nn. 326, 354, 355.

(b) Nn. 50 et 51.

(c) De his cf. tract. de just., nn. 407 et seq.

(d) Disp. 26, n. 4.

venditionis, sed tantum *externus*; fatente enim ipse Lugone “intentio transferendi rei dominium necessaria est ad venditionem, non vero actualis translatio;” sed certe fur habere non potest veram intentionem transferendi dominium rei, sed tantum fictam et externam, quoniam apprime cognoscit se dominium hujus rei nullo modo transferre posse. Sed quæstio esse non potest nisi de nomine; emptor enim ex tali contractu non acquirit titulum *verum* sed tantum *coloratum* ad rem emptam, et nisi in casibus ubi respublica aliter statuit ob bonum publicum, cognita veritate tenetur eam domino reddere. Venditio in hoc casu dicitur conferre titulum *coloratum*, id est titulum ex sua natura aptum ad dominium transferendum, sed qui hoc non efficit ob defectum potestatis ex parte vendentis.

497. Quod attinet ad quæstionem positam, oportet distinguere inter res corporales et incorporales seu jura; quia in rebus primo usu non consumptibilibus dominium ipsius rei et dominium usûs separari possunt. Quum venditor habet dominium tum rei tum usûs, et venditio fit sine ulla restrictione, v. g. quum venditur equus, emptor dominium tum ipsius equi tum usûs acquirit. Si vero Caius qui nunc vendit equum jam locaverat eum Julio in mensem qui nondum effluxerit, Sylvius emptor acquirit dominium ipsius equi, et dominium juris ad ejus usum post tempus in quod alteri locatus est, sed dominium ipsius usus, nonnisi post mensem obtinebit. In hoc casu contractus inter Caium et Sylviu venditio et emptio appellatur; is vero qui inter Caium et Juliu intercedit vocatur locatio et conductio, etsi in utroque contractu dominium quoddam ob pretium ab uno in alium transfertur. Ratio discriminis petenda est ex eis quæ in tract. de just., n. 163 diximus. In casu jam posito Caius potiusquam Julius dominus equi dicendus est, et ideo, ex communi hominum intelligentia contractus inter Caium et Juliu initus, distinguitur ab eo quo dominium equi transfertur, et merito diversum habet nomen; prior enim appellatur locatio et conductio, et posterior venditio et emptio. Quanquam enim in priore contractu dominium usûs equi in mensem transfertur, revera tamen contrahentes ad hoc non attendunt, sed ad concedendum et obtinendum quemdam usum terminabilem rei cujus dominium adhuc apud locatorem simpliciter permanere censetur. Si quis enim inquirat cujus sit equus? omnes vere respondebunt eum esse Caii, neque necesse esset responsum restringere his verbis; eum Julio in mensem locatum esse. Si vero Sylvius, accepto pretio, equum tradat Petro in illud tempus quod superest de spatio in quod ipse eum conduxerat, hic contractus dici potest venditio et emptio; quia Sylvius *directe* vult totum suum

jus, seu dominium juris circa hunc equum in Petrum transferre, et Petrus directe vult totum jus Sylvii acquirere. Et hæc distinctio ex communi sensu et intelligentia hominum probari potest; nemo enim contractum inter Caium et Sylvium venditionem appellaret, omnes autem facile concederent contractum inter Sylvium et Petrum hoc nomine vocari posse. Si vero Sylvius totum jus suum Petro non abalienet, et equus iterum ipsi reddi debeat, hic contractus venditio dici nequit, sed locatio, seu *sub-locatio* appellandus est.

Similiter argumentandum est quum contractus in rebus immobilibus versatur. Sic Caius qui agros in feudo simplici tenet, eos locat Julio in viginti annos, et paulo post, pretio accepto, abalienat Sylvio. Primus contractus est locatio et conductio, et posterior venditio et emptio; quia quamquam in primo contractu dominium usûs agrorum in viginti annos conceditur, attamen partes non *directe* hoc volunt, sed pactum de usu agrorum in certum tempus inire. In secundo vero casu directe volunt dominium transferre, et ideo locatio prius facta non obstat quominus posterior contractus simpliciter venditio appelletur. Si vero Julius jus suum totum circa agros aut aliquam partem eorum abalienat, pretio accepto, ex communi hominum intelligentia, et usu loquendi, agros suos aut aliquam eorum partem vendere dicetur. Si vero totum jus suum non transferat in Sylvium, sed tantum in aliquod tempus, quo elapso hic tenebitur agros iterum Julio reddere, tunc contractus non nomine venditionis sed locationis seu sublocationis appellandus erit. Et hoc ab omnibus admittitur et apud nos, agri qui in annos aliquot tenentur, quotidie vendi et emi dicuntur, quanquam ipsi agri non venduntur, sed eorum usus seu dominium utile, in aliquod tempus, quia dominium directum apud dominum feudi permanet.

498. Manifestum ergo est vendi posse non solum res corporales sed et jura; et quotidie venduntur facta [*bonds*], syngraphæ, chirographa, id est, jus ad pecuniam ex his instrumentis debitam accipiendum; census annui, id est, jus censum annum accipiendi, instrumenta quibus ob premium annum cautum est de certa summa quodam casu eveniente, v. g. morte, naufragio, incendio, &c., solvenda, et alia plurima hujusmodi. In his omnibus dominium juris a venditore in emptorem transfertur, et si jus sine culpa venditoris post venditionem deperditur, emptori perit, quia res perit domino. Sic si sine culpa venditoris deperduntur instrumenta, ex quibus pecunia solvenda est, aut si debitor solvere nequit, emptor damnum sustinere tenetur. Vendere etiam potest quis jus ad fructus insequentis anni, etiamsi semina nondum sparsa sunt; sed hic contractus plerumque non erit venditionis et emptionis, sed pactum

quo partes contractum venditionis inire tenentur. Quum enim res vendita jus quoddam est, et non res corporalis quæ est hujus juris objectum, emptor ex contractu non acquirit dominium rei corporalis quæ objectum est juris, sed tantum jus consequitur ut hæc res sibi a venditore tradatur. Attamen ita confici potest talis contractus, ut emptor dominium rei ex ipso contractu et sine ullo actu ex parte venditoris acquirat; ut v. g. si Caius vendat Julio, pretio constituto, omnes fructus qui in certo pomario anno insequente percipientur, ita ut Julius jus consequatur pomarium ingrediendi omnesque fructus auferendi. In hoc casu quum fructus existent, eorum dominium penes Julium erit, et ideo si peribunt sine culpa Caii, Julio peribunt. Si vero is sit contractus ut Caius certam quantitatem fructuum, pretio statuto, Julio proximo anno tradat, hic contractus dici potest *venditio et emptio juris*, quo Caius tenetur tradere fructus, et Julius solvere pretium statutum; sed quod attinet ad ipsos fructus, non est contractus venditionis et emptionis, sed pactum quo partes fructus vendere et emere modo præfinito tenentur. In hoc ergo casu Caius retinet dominium fructuum donec Julio tradantur, et ideo si ante traditionem pereunt, ipsi Caio pereunt. Plures hujusmodi contractus de frumento, de rebus manu factis, de vino, thea, et innumeris aliis rebus in commercio positis, quotidie conficiuntur. Atque aliquando res quæ venduntur ne existunt quidem tempore contrahendi, et sæpe a venditore non possidentur. Venditur et emitur in his contractibus jus quo venditor merces tradere tenetur, et emptor eas accipere pretiumque statutum solvere. Sed emptor dominium ipsarum mercium non habet donec ipsi, aut alteri qui eas nomine ejus accipit, tradantur, et donec hoc fiat, penes venditorem sunt ipsius periculo. Itaque rite statuitur in jure nostro ut nisi res venditæ sint in specie et separatim determinatæ, dominium maneat penes venditorem donec emptori tradantur. Et præterea dominium manet penes venditorem donec tradantur, si merx, etiamsi sit in specie et separatim determinata, tempore contractus non sit perfecta et ad tradendum apta (a).

Punctum Secundum.

De pretio.

499. Tertiô in contractu venditionis requiritur ut dominium rei venditæ pro pretio transferatur. Pretium est *pecunia quæ valori rei emptæ æquivalet*. Debet pretium ex pecunia constare,

(a) Cf. de just., n. 141, et in notis.

quia si res una pro alia commutetur, contractus non erit venditio et emptio sed permutatio [*barter*]. Debet etiam valori rei emptæ æquivalere, quia omnino exigit justitia commutativa ut hæc æqualitas servetur (*a*). Verum ut intelligatur æqualitas quæ inter rem venditam et pretium existere debeat, notandum est pretium duplex esse, *legitimum* et *vulgare*. Pretium legitimum id est quod ab ipsa republica statutum est; vulgare autem est id quod valori rei venditæ aliquo loco et tempore ex communi hominum æstimatione æquivalet. De pretio legitimo necessarium non est pluribus disserere; quia nostra respublica non præfinit pretium rerum, nisi in quibusdam casibus ubi hoc fit ob bonum commune et ad compensanda privilegia specialia quæ quibusdam societatibus conceduntur. Sic plura privilegia auctoritate parlamenti conceduntur societatibus quæ ad vias ferreas instituendas et administrandas ineuntur. Possunt enim hæc cogere dominos agrorum etiam invitos vendere agrôs quibus opus sit ut via ferrea sternatur; omnes cives ab hac via, nisi pretio soluto excludere; et etiam quod a jure nostro abhorret, genus quoddam monopolii creare. Licet etiam eis ad arbitrium pretium pro vectura exigere, nisi quod tenentur curare, ut semel in die vehicula ab utroque termino ad alterum, viam percurrant, non plus singulis nummis [*one penny*] in singula millia passuum pro vectura exactis ab eis qui hoc pretio iter facere velint. Similiter plura privilegia conceduntur societatibus quæ oppidis lumine *gas*, quod dicitur, collustrandis constitutæ sunt, et ideo pretium summum quod exigere liceat a civibus plerumque a parlamento statuitur in Actu quo privilegia conceduntur. Pretium summum legitimum in his casibus justissime statuitur; atque societates quæ vias ferreas instituunt tenentur idonea vehicula præbere, et alteræ quæ oppida collustranda curant *gas*, ejus bonitatis de quo in Actu parlamenti pactum est, suppeditent necesse est; et neutræ possunt quidquam supra pretium legitimum sine injustitia exigere. Et idem dicendum est de aliis societatibus eodem modo constitutis, aut quæ in hujusmodi usus publicos constitui solent.

500. Usque ad tempora novissima pretium frumenti non quidem directe sed modo quodam obliquo a republica statutum est, sed, pretium infimum indirecte stabilitum est; namque tam magnum vectigal ex frumento ab alienis regnis importato exactum est, ut nisi pretium in nostra republica esset ingens, inveni sine gravi damno non poterat. Lex qua impositum est hoc vectigal, etsi non injusta, attamen bono communi parum expe-

(*a*) Cf. de just., nn. 28 et 88.

diebat, et non obligabat in conscientia nisi post sententiam iudicis. Sed nunc omnino abrogata est, et etiam vectigalia quæ ex rebus ad vitam necessariis, aut valde salutaribus, ut ex thea, caffèa, saccharo, et etiam ex vino, valde modica sunt, ita ut hæc (vino excepto) etiam a pauperibus comparari possint. Et hæc ratio vectigalium exigendorum aptissima est ad promovendum bonum tum publicum tum civium privatorum. Sed pretium rerum, etiam ad vitam necessariarum, apud nos non est legitimum sed vulgare; et quanquam sine dubio respublica tenetur curare, quantum potest, ut ea quæ ad vitam sunt necessaria modico pretio comparari possint, attamen videtur hoc melius effici non posse quam vectigalia quæ his rebus imposita sunt imminuendo aut etiam abrogando, et omnia alia tollendo quæ obstant quominus harum rerum commercium libere fiat. Ex eis enim quæ de valore pecuniæ diximus manifestum est rempublicam efficaciter statuere non posse pretium legitimum rerum quæ ad vitam necessariæ sunt. Si enim respublica statueret pretium summum, v. g. frumenti supra quod non liceret quidquam exigere, quum messis tenuis incidisset, pretium certissime augetur; quia nisi mercatores pretium majus darent, frumentum in exteris regionibus emere non poterunt, et ideo inopia domi augetur. Innumeri essent emptores qui pretium duplo vel triplo majus legitimo libenter et secreto solverent, et ii qui nihil supra legitimum darent, nullum frumentum acciperent; atque ideo cogerentur aut majore pretio emere aut fame perire. E contrario vero, quando messis esset opima, pretium vilius fieret. Revera exempla ad hanc sententiam quam propugnamus confirmandam omnibus præsto sunt. Quum enim urbs aliqua obsidione premitur et ficiibus decit, pretium cibariorum augetur, neque hoc ullo edicto prohiberi potest. Vis famis in S. Scriptura ipso pretio cibariorum significatur. “Factaque est fames magna in Samaria: et tamdiu obsessa est, donec venderetur caput asini octoginta argenteis, et quarta pars cabi stercoris columbarum quinque argenteis (a).

Est quidem penes rempublicam ita efficere ut pretium rerum ad vitam necessariarum supra certam summam non augeatur, si ipsa ex pecunia publica solveret venditoribus tantundem, quantum necessarium esset ut pretium vulgare adæquaretur, et hoc modo in quibusdam urbibus pretium panis statuitur. Hoc vero ad præsentem materiam non attinet, sed ad modum quo respublica pretium rerum ad vitam necessariarum moderari potest. In hoc ultimo casu venditores tenentur nihil supra pretium legiti-

(a) Lib. 4, Reg. c. 6, v. 25.

mum exigere; sed si tale pretium statueretur nulla compensatione publice facta, lex omnino inefficax esset, neque venditores ea obligarentur ne pretium, quod res haberent ex communi æstimatione, exigèrent et retinerent.

501. *Pretium rerum vulgare illud est quod res habent in aliquo loco, tempore, et circumstantiis ex communi æstimatione et usu hominum qui harum rerum modice periti sunt.* Dicitur 1°. *in aliquo loco, tempore, et circumstantiis*; quia hæc omnia in pretio vulgari determinando diligenter pensanda sunt. Etenim vel eodem tempore pretium rerum vulgare aliud in aliis locis est. Sic pretium vulgare theæ, caffèæ, sacchari, frumenti, carbonum fossilium, eodem tempore longe aliud est in locis ubi gignuntur, et aliud in locis in quos magnis impensis importantur. Aliquando pretium rerum quæ trans mare importantur v. g. frumenti, carbonis, &c., intra breve tempus magnopere augetur, quia ob ventus adversos naves in portum pervenire non possunt. Deinde omnibus notum est easdem res diversis temporibus diversum habere pretium. Pretium v. g. frumenti singulis annis pendet ex ubertate aut tenuitate messis, sed non tantum de anno in annum, sed etiam de die in diem; pretium quarundem rerum augetur aut minuitur. Pretium v. g. piscium in singulos dies pendet ex numero eorum qui a piscatoribus capiuntur. Deinde plurimæ sunt res quæ rariores sunt quibusdam anni temporibus quam aliis, ut v. g. pisces tempore hiemali, novi fructus solani tuberosi ineunte æstate, &c., et hujusmodi res his temporibus cariores sunt; quia majore labore et impensis, et quod ad pisces, etiam majore periculo comparantur. Pendet igitur pretium vulgare, etiam *ex circumstantiis* laboris, impensarum, et periculi quod ad rem comparandam requiritur. Pendet etiam pretium ex bonitate mercium, ex periculo quod subit mercator sortem perdendi in eis comparandis et vendendis, ex modo vendendi, quum habenda sit ratio utrum magna quantitate an parva merces vendantur, et etiam in quibusdam locis ex numero emptorum. Sic is qui tabernam habet in loco quodam remoto ubi pauci sunt emptores, ad quem res venales adducere non potest sine multis impensis, sane majus pretium juste exigere potest, non solum ratione impensarum quæ fiunt in mercibus eo portandis, sed etiam ratione paucitatis emptorum; quia si plures essent emptores, minus lucrum ex singulis perceptum, ad eum indemnem præstandum sufficeret. Sed si alius in eodem loco sit negotiator Caius, cujus tabernam plures emptores frequentant, non potest Julius idcirco majus pretium exigere, quod pauci ab ipso merces emunt. Si enim merces Caii sunt ejusdem bonitatis manifestum est neminem apud tabernam Julii merces empturum, si sciret pretium ideo auctum esse, quod pauci hanc taber-

nam frequentant, ideoque se injuste decipi quum hac ratione majus pretium exigatur. Suppono pretium hoc modo augeri supra *sum-mum* sic determinandum quem admodum statim dicam.

502. Illud quidem mirandum est, quod auctores in pretio vulgari exponendo censere videntur hoc pretium eodem tempore ubique idem esse, et ideo varias afferunt causas ex quibus liceat res pluris quam summo pretio vendere. De hac re infra agemus, sed quum dicunt licere eis mercatoribus qui merces ad loca remota multo labore et impensis portant, eas pluris quam pretio summo vendere, aut hoc fieri posse ob mercium inopiam et multitudinem emptorum, prorsus decipiuntur; quia ex his ipsis circumstantiis ipsum pretium vulgare in certo aliquo loco et tempore determinatur et cognoscitur. Distinguunt autem inter res quæ pretium ex communi hominum æstimatione et usu habent, et eas quæ nonnisi ab eis qui artificii cujusdam periti sunt, æstimari possunt. Definitio pretii vulgaris a nobis tradita res utriusque generis complectitur; et de utriusque generis pretio separatim agemus. Primum genus complectitur res ad vitæ usum cultumque necessarias aut valde utiles, ut frumentum, farinam, panem, lac, butyrum, carnem, theam, saccharum, pannum, vestimenta, oves, boves, jumenta, equos, pecuniam, et multa alia, ut caffèam et vinum, quæ in pluribus regionibus, ad communem usum et cultum adhibentur. In his carbo fossilis, ferrum, stannum, cuprum, et etiam argentum et aurum non signatum recenseri debent. Hæc omnia habere pretium vulgare apud omnes admittitur, et quod attinet ad maximam partem rerum quas recensuimus, et plurium aliarum quæ ad communem vitæ usum pertinent, hoc pretium in actis diurnis quotidie indicatur. Hoc adeo verum est, ut ex jure nostro si Caius conducat operarios nulla mercede statuta, aut si merces emat pretio non determinato, tribunalia eum coactura sint tum operæ tum mercium pretium quod tunc temporis pro similibus rebus communiter datur, id est pretium vulgare, solvere. Nulla in hoc casu oriri potest difficultas circa rem de qua agimus; quia contractus implicitus inter partes revera intercedit, ex quo mercator pretio vulgari vendere, et emptor hoc pretium solvere paciscitur. Sed quæstio est utrum seclusa fraude, dolo, duritie, et errore, possit inter contrahentes de quolibet pretio solvendo et accipiendo convenire?

503. Supponitur Caium, qui fame premitur tabernam Julii pistoris ingredi, ad panem emendum, et Julium exigere unum schelingum pro pane qui ibi senis nummis vendi solet. Caius minime vult hoc pretium solvere, sed fame compulsus schelingum pro pane tradit. Iterum Caius fugiens a sicariis occurrit Julio qui equo vehitur. Julius quidem vult equum vendere, qui non pluris

quam decem libris valet, et Caius eum rogat ut sibi vendat. Is videns in quantis angustiis Caius versetur, minus quam 20 libras accipere recusat. Caius respondet se non habere tantum pecuniæ, sed promittit se soluturum esse, qua promissione data, Julius ei equum tradit. Quæritur utrum in priore casu Julius ad restitutionem teneatur, et utrum in altero Caius pecuniam promissam solvere debeat? Supponimus responsionem in utroque casu dandam esse, habita tantum ratione pretii ex venditione et emptione debiti, et secluso titulo donationis; quia quivis nomine pretii dare potest aut totam summam aut aliquam partem quam alteri donat, si ita facere velit. Sed in casibus propositis manifestum est Caium nolle quidquam supra justum pretium solvere. Dicimus igitur Julium teneri ad restitutionem sex nummorum in priore casu, et in secundo Caium non teneri nisi ad decem libras solvendas. In priore enim casu manifestum est pretium duplo majus quam vulgare exigi a Caio, non ob valorem panis, sed ob ipsius necessitatem, et Julium hanc necessitatem ipsi Caio juste vendere non posse. Præterea justitia vel injustitia hujus rei melius determinari non potest quam ex communi consensu et opinione hominum piorum et justorum; qui sane omnes Caium injuste fecisse uno ore affirmarent. Idem omnino dicendum est in 2^o. casu; quia Julius exigit 10 libras a Caio propter hujus ipsius necessitatem, quod ex dictis injustum est. Si vero Caius nulla necessitate astrictus, et cognoscens pretium panis et equi, sponte daret unum schelingum pro pane et 20 libras pro equo, utique Julius totam summam retinere posset, non quidem titulo solo emptionis et venditionis, sed hoc titulo quod attinet ad dimidiam partem, et quod ad alteram dimidiam titulo donationis.

Ex his patet responsio ad ea quæ satis communiter contra hanc doctrinam dicuntur. Quærent enim non pauci, nonne secluso errore et dolo et fraude possint contrahentes sponte de quolibet pretio pacisci? Respondendum est partes ita pacisci non posse tanquam de justo pretio. Aliter pacto inito de uno ovo vendendo mille libris, dicendum esset hoc esse justum pretium. Et revera olim sæpe fiebat ut ii qui in senatum inferiorem deligi cupiebant, hoc modo eos corrumpere quorum suffragia captabant, quum res parvi pretii ab eis plurimi emerent. Sed hos homines suffragia sua corrupte et flagitiose tulisse, omnibus manifestum erat, quanquam eorum modum agendi nomine venditionis colorabant; quia pecunia non tantum ut pretium rei sed et ut pretium ipsius suffragii soluta erat. Quum Caius Julio sponte solvit mille libras pro uno ovo, hic contractus, secluso errore, dolo, &c., non solum justus sed omnino licitus est; sed Julius pecuniam retinere non potest titulo emptionis sed donationis, et si quis ex eo quærat

unde tantum pecuniæ adquisierit, is vero respondeat pretium esse unius ovi, omnes, veritate cognita, dicent Caium hanc summam Julio donasse. Sicut enim Caius hanc summam Julio absolute donare potest, ita potest eam dare, accepto uno ovo aut uno aut pluribus equis; sed quum eam dat uno ovo accepto re vera donat; in aliis casibus eatenus pecunia dono datur, quatenus pretium vulgare rerum pro quibus solvitur excedit. Ponamus hunc casum: Julius habet equum qui non pluris quam 10 libris valet, et Caius hoc optime sciens neque ulla necessitate astrictus, rogat Julium ut hunc equum sibi vendat; Julius vero respondet se nolle equum pretio vulgari vendere, quia ipsum magnopere juvet, atque commodissimus sit; Caius autem dicit se velle equum quovis pretio emere, et Julius tunc dicit se viginti libras pro equo accepturum. Hoc audito Caius sponte solvit 20 libras Julio, qui hanc summam non exigit, ut suppono, ob desiderium quod habet Caius ad equum obtinendum (hoc enim injustum esset), sed ut pretium tum equi tum incommodi et molestiæ quam ipse ex carentia equi patitur; et ob hos titulos hoc pretium retinere poterit. Nunquam itaque licitum est vendere supra pretium rei vulgare, nisi alius adsit titulus ex parte venditoris, v.g. donationis, damni emergentis, molestiæ quam ex carentia rei suæ patitur, qui titulus sane est pretio æstimabilis, vi cuius, altero contrahente sponte consentiente, aliquid supra pretium vulgare exigere potest. Sed non potest venditor quidquam supra pretium vulgare exigere ex eo quod res sua multum placet ipsi, nisi eam revera vendat in gratiam emptoris. Itaque hic titulus raro existit, et nunquam possunt mercatores aut negotiatores hac ratione exigere quidquam supra pretium vulgare, quando vendunt res quarum mercaturam faciunt.

504. Ex his facile dirimi potest controversia de qua olim inter theologos disceptatum est, utrum scilicet res quæ vulgarem æstimationem non habent, ut gemmæ grandiores, veteres picturæ, libri valde rari, aves e regionibus longinquis adductæ, equi velocissimi, pretium aliquod habeant, an tanti vendi possint, quantum emptor sciens dare voluerit. Sententiam affirmantem tenent, Sotus, Bannez, Valentia, Diana et plures alii quos citant Salmant. (a); quia quum hæ res pretium vulgare non habeant, neque ad vitam sint necessariae, si quis velit eas tanti emere quantum vendens exigit, censetur sponte dare pretium quod alter poscit et excessum gratis condonare (b). Sed hæc secunda ratio huic ipsi sententiæ aperte repugnat; quia nisi hujusmodi res habeant

(a) De contract., cap. 2, n. 92.

(b) Cf. ibid.

pretium quod æstimari possit, quomodo potest esse excessus in pretio? Ad primam vero rationem dicendum est res, etiam rarissimas et pretiosissimas, habere pretium ex æstimatione eorum qui periti sunt hujusmodi rerum, atque negotiorum quæ in eis rebus versantur, et secundum hanc æstimationem pretium determinandum esse. Sic si Caius peteret et Julius solveret centum millia librarum pro uno equo velocissimo, aut pro una avi rarissima, omnes dicerent Caium injustum et Julium stultum esse. Itaque si Caius mercaturam harum rerum faciat, aut si equum aut avem vendere velit, plus exigere non debet quam quanti hæc a peritis æstimantur. Notandum tamen est 1°. in quibusdam rebus, v. g. in picturis antiquis et pretiosissimis, paucos esse peritos, et ideo æstimationem etiam unius hominis harum rerum valde periti sufficere posse, etiamsi ipse sit emptor, ad pretium determinandum: 2°. harum rerum possessores eas magni æstimare non solum propter ipsarum valorem, sed etiam quia ad suum honorem, cultumque et auctoritatem augendam magnopere conferunt; eosque hæc omnia simul cum ipsis rebus vendere; ideoque eum qui bona fide vendit, ob excessum pretii non esse inquietandum, nisi emptori *privatum suum* desiderium res acquirendi vendiderit. Hoc enim ad venditorem pertinet, et ideo pro eo alter pretium juste exigere nequit. Dicimus *privatum* emptoris desiderium, quia ut ex supra dictis, ubi de *valore* egimus, constat, desiderium plurimorum in aliquo loco et tempore (positis aliis conditionibus ibi enumeratis) ipsa est ratio æstimationis communis quæ de re habetur, et ideo pretii quod pro tali re juste exigi potest.

“Advertunt recte,” aiunt Salmant (a), “Palæus, Lugo, Prædus, Bonac., quod sæpe apud aliquas nationes res vilissimæ (id est quæ ut tales habentur apud nos) magni communiter æstimantur, . . . apud quas (v. g.) specula, cultelli (parva pars ferri, acus, globuli vitrei), &c., magni habentur: ideoque juste pecuniæ in magna quantitate pro eis accipiuntur apud illos: *communis æstimatio apud illos* dat valorem, et prudenter res vilis auro emitur, quæ ab aliis communiter pretiosa æstimatur: est enim *honorificum res habere pretiosas, vel quæ ut pretiosæ* ab omnibus habentur: et sic pretium justum vulgare apud illos est illud, in quo tales res communiter æstimantur. Et sic confitentur doctores utriusque opinionis, quod *si tanta esset etiam apud nos* rei extraordinariæ æstimatio, quod excessivo pretio judicaretur digna; illo juste vendi posset: quia illud est pretium justum, in quo communiter apud homines res æstimatur.”

Itaque re vera pretium vulgare rerum, sive tales sunt ut æsti-

mationem habeant apud plurimos, sive tantum apud peritos, eadem regula constituendum est; quanquam ut jam videbimus longe major libertas in pretio determinando conceditur, quum de rebus raris et pretiosis, quam quum de rebus communibus et ad vitam necessariis agitur.

505. Ut hoc intelligatur observandum est pretium vulgare plerumque non esse fixum et determinatum, sicut pretium legitimum, sed certos esse fines intra quos juste constitui possit. Hoc ex multis causis oritur; 1^o enim quoniam multum pendet ex eo quanti res vulgo aestimetur, et homines alii aliter judicant, inde fit ut pretium aliquantulum varietur. Sed minime putandum est hanc aestimationem esse arbitrariam; fit enim habita ratione impensarum, laboris, periculi, &c., quibus res acquiritur, et copiae ipsius rei et multitudinis eorum a quibus expetitur, ut ex supra dictis de valore patet. Sic pretium auri et argenti non signati certo aliquo tempore angustis finibus continetur; sed habita ratione temporis longioris intra quod quantitas multum augetur multum minuitur. Et idem fere dicendum est de pretio frumenti, theae, sacchari, carbonum fossilium, aliarumque rerum quae apud omnes fere gentes excultas ad vitae usum pertinent. Attamen pretium harum rerum etiam de die in diem variatur, ut statim dicemus. 2^o. Quoniam aestimatio valoris rerum, earum praesertim quae ad vitam aut necessariae aut valde utiles sunt, non solum pendet ex copia quae nunc existit, sed etiam ex expectatione futurae inopiae aut abundantiae, et haec expectatio variis casibus incertis et conjecturis nititur, de quibus homines alii aliter judicant, inde etiam fit ut pretium aliquam habeat latitudinem. 3^o. Quaedam autem sunt res quae ne apud peritos quidem ejusdem pretii aestimantur, velut caballi, aut etiam vaccae et oves, et aliae hujusmodi res quae in usus vitae necessariae sunt, quarum pretium ob hanc etiam rationem non prorsus fixum et determinatum est. 4^o. Quoniam mercatores et alii qui negotia gerunt, jus habent ut ex labore suo, ex pecunis, &c., lucrum consequantur, et hoc lucrum aestimatione communi omnino fixum et determinatum non est, ex hoc etiam fit ut pretium vulgare aliquantum varietur.

Haec diximus de rebus ad vitam necessariis aut valde utilibus, quaeque vulgarem habent aestimationem; si enim de rebus raris et pretiosis agatur, longe major libertas in pretio aestimando danda est. Sic saepe inter homines harum rerum peritos multum discrepat de pretio equi venatici aut cursoris. Caius enim fortasse putat equum aliquem nonnisi centum et quinquaginta libris valere, Julius vero ducentis aut pluris. Advertendum etiam est nos nunc non loqui de eo quod supra pretium commune exigere

liceat ratione aliorum titulorum, v.g. specialis commodi quod dominus ex re sua percipit, aut ex eo quod res sua ei multum placet et eam in gratiam emptoris vendat, &c., sed de ipso pretio quod quis pro re sua juste petere et accipere potest.

506. Pretium vulgare triplex a theologis distinguitur, *sumмум* *medium* et *infimum*. Pretium *sumмум* illud est supra quod ex iudicio hominum qui satis periti sunt rerum de quibus agitur, nihil exigi possit sine iniustitia. Pretium *infimum* illud est quo minoris ex iudicio hominum satis peritorum, res emi non possit sine iniustitia. Quicquid pretii inter hæc extrema intercedit, *medium* dicitur. Manifestum est ex dictis non licere, re per se spectata et habita ratione tantummodo valoris mercium, neque pluris quam pretio summo vendere neque minoris quam pretio infimo emere; aliter enim æqualitas quæ ad rationem iustitiæ commutativæ pertinet non servaretur. Manifestum est insuper omnibus licere pretio medio vendere et emere; quia hoc modo æqualitas satis servatur. Præterea licere summo vendere pretio et emere infimo, ex ipsis definitionibus patet. Hoc tamen supponit nullum pactum speciale initum esse, quo quis vendere infimo pretio aut emere summo strictè teneatur. Dicunt quoque auctores illud pretium iustum esse de quo bona fide conveniat inter venditorem et emptorem qui pretium rei ignorant. Sed in hoc casu debet esse æqualis spes lucri et damni ex utraque parte. Hinc si Caius anulum aureum quem habet gemmis distinctum, quas tamen ipse adulterinas esse suspicatur, vendat Julio, qui putat gemmas esse veras, pretio longe majore accepto quam quod daret Julius si de earum integritate dubitasset; si gemmæ sint adulterinæ contractus irritus erit, quia Julius de substantia rei errat. Vice versa si Caius cui gemmæ videntur esse adulterinæ, anulum vendat Julio qui putat eas esse veras, pretio multo minore quam quod posceret, si putasset eas esse veras; si gemmæ sint veræ contractus irritus erit. Hoc quidem verum esset in utroque casu, etiamsi utraque pars de gemmis erraret, id est si et Caius et Julius putarent gemmas adulterinas esse veras, aut vice versa, quum contractum ineunt; quia de substantia rei errant. Attamen si Caius suum dubium indicet Julio, et tunc contrahat, pretio pro ratione dubii imminuto, contractus ratus erit, sive gemmæ sunt veræ sive adulterinæ, quia contractus non erit irritus ex errore circa rei substantiam, et æqualis aderit spes lucri et damni ex utraque parte.

Si vero contractus initus esset non ex errore circa substantiam sed circa qualitates rei, ex quo pretium iusto majus acciperetur, aut minus iusto solveretur, venditor in 1^o casu reddere excessum, et emptor in 2^o supplere defectum teneretur.

507. Nunc quærendum est intra quos fines pretium vulgare constitui debeat, et quæ latitudo in eo æstimando concedenda. Quod attinet ad alimenta communia *ejusdem bonitatis* quæ in parva quantitate venduntur, non ita late patent fines. Sic si pro libra theæ, cujus pretium medium tribus schelingis vulgo in quodam loco æstimatur, tres schelingi et unus nummus exigantur, nulla injustitia committitur. Dico in quodam loco; quia ut jam diximus pretia rerum alia in aliis locis sunt. Hic excessus etiam obtineri debet sine dolo aut fraude; si enim eum directe non exigit venditor sed indirecte, decipiendo venditores de bonitate mercium, aut falsis ponderibus utendis, injuste facit, saltem apud nos, quia hæc jure puniuntur, et ad restitutionem tenetur. Si vero non decipiuntur emptores, ut v. g. quum pistor, nulla ponderis facta mentione, sex nummos pro uno pane exigit, injustitiam non committit directe ratione ponderis, nisi hoc modo pretium justo majus accipit. In hac re haud majus augmentum quam unius quadrantis [*farthing*] in singulas libras permitteremus. Et idem diceremus de carne, et aliis alimentis communibus, quæ in parva quantitate venduntur. Plerumque dicunt auctores licere res quæ venduntur in parva quantitate pluris vendere quam res ejusdem generis et bonitatis, quæ in magna quantitate venduntur. Et hoc verum est, quia tum labor in mercibus obtinendis, et conservandis, et vendendis, tum periculum ne damnum accipiant, longe majus est in uno quam in altero casu. Sed revera pretium vulgare non augetur ex eo quod merx in minuta quantitate venditur, quia in ipso pretio æstimando ratio horum incommodorum et impensarum habenda est, et ideo majus est quum merx in parva quam quum in magna quantitate venditur. Scimus etiam majorem latitudinem plerumque admitti, quam quæ a nobis statuitur, etiam in rebus ad vitam necessariis. Hanc autem pretii diversitatem permittunt auctores pro diversis locis aut temporibus, ut ex eorum rationibus constat. Sed in hujusmodi rebus quum in pretio statuendo ratio habetur loci, et temporis, et modi quo venditio fit, nobis videtur, dummodo merces vere sint ejusdem bonitatis, nonnisi valde exiguum pretii augmentum permittendum esse, et ne hoc quidem, nisi sine dolo et fraude exigatur. Ratio autem est, quia venditores fere exigunt summum pretium, et ideo si unus aliquid notabiliter majus quam ceteri requireret, pretium etiam summum excederet. Loquimur de pretio quo res necessariæ omnibus emptoribus venduntur; namque negotiatores solent has res minore pretio vendere eis qui ipsorum tabernas frequentant, et hoc justum est et communi hominum judicio probatur. Sic quum liber editur, pretio statuto, hoc pretium sine injustitia exigere potest bibliopola, et tamen

plerumque minuitur, quum venditur eis qui ejus tabernam frequentant. Idem etiam sæpe fit a pistoribus, a macellariis, et a pluribus aliis negotiatoribus. Sed quum negotiator aliquid, quantulumcumque est, supra pretium solitum pro suis mercibus exigit, tenetur hoc aperte facere, et non decipiendo emptores, qui sane hoc cognito tabernam ejus frequentare desinerent. Non raro autem mercatores ad suas tabernas homines alliciunt, simulantes se merces minoris vendere, quum revera pretium vulgare exigunt; quod injustum non est, si absit dolus malus et fallacia, si v. g. falsis ponderibus et mensuris non utantur, dummodo ne quid supra summum pretium exigant. Sed quum negotiatores simulant se merces minoris vendere, ut mercedem dare possint aliquibus qui alios ad ipsorum tabernas alliciant, quum revera pretium solito majus exigunt, et sic dolose ab emptoribus accipiunt pecuniam quam aliis solvunt, injuste faciunt. Unde sequitur ut ii qui panos vendunt, quum pecuniam dant sartoribus ut emptores ad suas tabernas adducant, et venditores alimentorum qui ob eandem causam dona dant famulis, et quantum dant sartoribus et famulis ab emptoribus dolose exigunt, augendo pretium mercium, contra justitiam peccent et ad restitutionem teneantur. Ipsi quidem sartores et famuli, si sciant pecuniam sibi datam emptoribus subtrahi, ad restitutionem tenentur primo loco, quanto ditiores facti sunt. Sed hoc casu qui raro accidit excepto, primo loco totum damnum reparare tenentur mercium venditores, qui hoc damnum in proprium suum commodum inferunt, et insuper tum venditores, tum sartores et famuli in solidum obligantur, ut in tractatu de restitutione exponemus.

508. Quod attinet ad res rariores et pretiosiores, longe majore intervallo pretium summum et infimum inter se distant; et ratio præcipua discriminis quod est inter eas et res ad vitam necessarias hæc est; quod in prioribus v. g. in picturis et gemmis antiquis, &c., singulæ fere pretium habent proprium, ab aliis ejusdem generis distinctum, in posterioribus vero omnes merces ejusdem generis et bonitatis v. g. panis, thea, saccharum, &c., idem pretium habent. Quod attinet etiam ad animalia quæ communi hominum usu inserviunt: pretia quidem omnium ejusdem generis alia aliis temporibus sunt; et ideo fieri potest ut pretium v. g. equorum et vaccarum augeatur in nundinis publicis hoc mense habitis, et forte minuatur proximo mense. Sed præterea singula hujusmodi animalia, etiam in eisdem nundinis, suo pretio æstimantur. Alii vero homines alio pretio vel idem animal æstimant; unde sæpe fit ut tantum intersit inter summum et infimum pretium. In pecoribus saginatis, quoniam pretium æstimatur ex pondere et pinguitudine, fines ejus haud ita late,

patent; pretium vero eorum quæ ad melius genus propagandum adhibentur, longe minus determinatum est. Quum vero agitur de animalibus quæ non rebus ad vitam necessariis comparandis inserviunt, sed ornatui et luxui, ut equi venatici, cursores, &c., in pretio eorum æstimando multum discrepat. Et hoc a fortiore dicendum est de gemmis insignioribus, de picturis antiquis, et de aliis rebus raris et exquisitis. Regula vero generalis ad dignoscendum utrum pretium justum sit an injustum hæc est: ut justum sit, si ab hominibus rei de qua agitur ad modum usitatum peritis judicetur neque pretii summi fines excedere, neque esse infra infimum: injustum vero sit, si summum excedat, aut sit minus infimo.

Sed quanquam res vendi possunt summo pretio, et emi infimo, hoc tamen fieri nequit quum ex *pacto speciali* venditor obligatur ut vendat aut medio aut infimo. Sed necesse est ut *verum* pactum de hac re ineatur; quia sæpe venditores asserunt et jurant se pretio infimo res suas vendituros, aut falso affirmant rem ipsis tanti constitisse, aut tantum ab aliis oblatum esse, et tamen ne emptor quidem credit venditorem injustitiæ reum esse, dummodo fines justii pretii ne excedat. Sed non potest uti dolo aut fraude ad summum pretium exigendum, et omnino injustum est res adulteratas vendere ut plus lucri fiat. Ex eis qui conducunt certo pretio lac recens purum præbendum, quod opus est ad xenodochæa, ad valetudinaria ad carceres, ad domos pauperibus sustentandis constitutas, et ad alia hujus generis instituta, multi non præbent lac purum de quo pactum est, sed florem lactis tollunt, et ei quod reliquum est aquam et etiam res valetudini noxias admiscunt, eo prætextu quod lac purum pretio statuto vendere nequeant. Sed revera quoniam hi omnes contractum sponte et scientes inierunt, cum fideliter exsequi tenentur, et qui aliter agunt, injuste faciunt et ad restitutionem tenentur. Restitutio fieri utique debet ipsis pauperibus, etiam melius lac quam quod convenerat suppeditando, et si quid injusti lucri supersit, id dari debet eis qui hæc instituta administranda curant, ut in eorum commodum impendatur, aut in vectigalibus minuendis, si pecunia ad institutum sustentandum necessaria hoc modo a civibus obtineatur. Et hæc omnia vera sunt quum venditores falsis mensuris aut ponderibus utuntur, aut quum merces adulteratas civibus privatis vendunt. Et quamquam admittunt plures auctores, ei qui habeat rem eximie bonitatis licere hanc viliori admixtam pretio communi vendere, hoc tamen intelligendum est dummodo rem extraordinariæ bonitatis suppeditare ne teneatur, et dummodo commixtio ne sit noxia, et res mixtæ communem bonitatem retineant. Itaque caupones qui vendunt vinum, lac, liquorem

e frumento factum [*whiskey*], ita cum aqua aut cum aliis rebus commixta ut communem bonitatem non retineant, pretium consuetum pro eis accipere nequeunt; ne tum quidem quum commixtio ideo fit ne potatores inebrientur. Sæpe quidem expedit ut hoc fiat, quum potatores non alio modo prohiberi possunt quominus se ebrietate deturpent; sed non ideo potest caupo pretium potûs ordinariæ bonitatis accipere; quemadmodum tenetur debitor ex caritate, quum hoc commode fieri potest, pecuniam non solvere creditori quem prævideat eam in ebrietate aut in luxu impensurum; sed a restitutione postea facienda minime excusatur. Quoniam vero multi venditores sæpe plus quam pretium summum pro suis mercibus postulant, non ut illud obtineant, sed quia rustici præsertim putant primum pretium semper esse nimium, et ideo nisi mercatores hoc modo agerent, æquum pretium non consequerentur, manifestum est eis non licere primum pretium accipere si quis id solvere velit.

Punctum Tertium.

An et quatenus liceat vendere pluris quam summo pretio et emere minoris quam infimo?

509. Jam diximus cuivis licere rem suam vendere pluris quam summo pretio in aliquo casu speciali, ideo quod ipsi multum placeat, quum eam in commodum emptoris vendat; hoc vero tum non licere ob affectum emptoris erga rem, neque ob commodum et emolumentum quod is sperat se ex eo percepturum. Suppono etiam hoc licere, quum venditio est causa damni emergentis aut lucris cessantis, ex eis quæ supra de his titulis diximus, et servatis conditionibus ibi expositis. Hoc etiam licet ob periculum sortis, quum res venditur pecunia non numerata, et in hoc casu fenus pecuniæ vulgare exigere potest, quemadmodum supra de usura agentes exposuimus. Etiam communiter et recte docent auctores eum qui rem vendit nunc in gratiam emptoris, alias cam servaturus in tempus quo pluris valebit, emptore monito, aliquid supra summum pretium ratione hujus spei exigere posse, aut pacisci, ut deductis expensis, pretium aestimetur ex eo quanti res valitura sit eo tempore in quod servaretur nisi nunc venderetur. Propter eandem rationem potest res minoris emi si emptori tradenda non sit statim, sed postea quum minoris valitura esse censetur.

510. Licet etiam minoris quam infimo pretio emere merces quæ ultro a venditore offeruntur; quia ut dicitur *res utroneæ vilescent*. Hoc certe verum est quando emptio fit in commodum

venditoris, prout communiter fieri censenda est; quia si merx ab aliis expeteretur, necesse non esset eam ultro offerre. Hinc quum bibliopola vendere vult librum, aut alius mercator merces, minoris quam infimo pretio, clare patet pretium hujus rei jam jacere, et nunc communiter pluris vendi non posse. Et hoc etiam verum esse videtur, etsi res ob paupertatem vendatur, dummodo emptio vere fiat in commodum venditoris; quia ejus paupertas communem æstimationem valoris non mutat. Attamen si emptor in hoc casu sciat rem ob paupertatem venditam, communem habere æstimationem, secundum quam eam vendere potest, non licet ei minoris quam infimo pretio emere, nisi ratione laboris aut alterius tituli pretio æstimabilis. Tale esset v. g. vas argenteum quod quis statim vendere potest fabro argentario, aut alia res quæ pretio saltem materiæ ex qua conficitur, semper ad arbitrium possessoris vendi potest. Et sicut licet pluris vendere merces ob dilatam solutionem, et syngraphas et chirographa ex quibus pecunia debita, etsi certo, attamen nonnisi post aliquod tempus solvetur; ita etiam licet minoris emere ob anticipatam solutionem; et incrementum pretii ob dilatam aut anticipatam solutionem, secundum ea quæ supra de fenore pecuniæ mutuæ statuimus, computandum est. Si vero solutio non tantum differatur, sed insuper sit incerta, aut si nonnisi difficulter obtineri possit, instrumenta ex quibus pecunia debetur multo minoris emi possunt. Neque huic obstat, quod emptor solutionem facile obtinere possit ob quamdam specialem causam, v. g. quia debitor emptorem offendere nollit, et ideo debitum huic solveret, quod alteri non solveret, nisi actione intentata, et multis factis impensis; quia valor instrumentorum non ex hac ratione speciali, sed ex communi æstimatione computandus est.

511. Sed quæritur an quis possit pretio vulgari vendere rem quam privatim scit brevi minoris valituram? Vel imminutio prævidetur oritura ex causa intrinseca, v. g. si equus ex morbo occulto quo nunc laborat moriturus est, si vinum in acetum vertetur; vel ex causa extrinseca, v. g. quia prævidetur magnam futuram esse copiam mercium. In priore casu manifestum est non licere rem pretio vulgari vendere; quia revera non est ejusdem bonitatis atque res quæ hoc pretio æstimantur; utrum vero liceat rem etiam minoris vendere, ex infra dicendis de necessitate vitii occulti mercium manifestandi cognoscetur; in secundo casu vendi potest pretio vulgari, ut expresse docet S. Thom. (a), quia res venditur secundum pretium quod ex præsentī æstimatione habet, quod pretium etiam spem copię aut inopię futurę mercium com-

plectitur. Supponitur non adesse dolum nec fraudem, v. g. falsos rumores non spargi de inopia mercium; quod fieret si diceretur messem nullam esse in eis regionibus ex quibus magna copia frumenti quotannis importatur; quia si hoc modo pretium a venditoribus augeatur, augmentum injustum est. Sed hic casus nunc evenire vix potest, nisi in pecuniis fide publica collocatis, quæ multum perturbarentur, si v. g. tempore belli falsus nuntius afferretur de victoria reportata aut de pace composita, unde pretium pecuniæ subito augeretur; et vice versa subito minueretur, si falso promulgaretur bellum denuntiandum esse. Sed quod attinet ad copiam vel inopiam messis, aut mercium alterius generis, veritas nunc tam cito et certo explorari potest, ut pretium falsis rumoribus vix augeri aut minui queat. Quum vero quis, mediis injustis non adhibitis, prævidet pretium mercium minuendum aut augendum esse, pretio vulgari has vendere et emere potest; quia tantum justo utitur scientia sua præstantiore in negotiis gerendis, et hoc modo mercatores pii et justii rem gerunt. Quin immo ipse Joseph Patriarcha hoc modo apud Ægyptios frumenti mercaturam fecit (a). Attamen quoniam non tantum justitia sed et caritas in negotiis gerendis illæsa servari debet, si Caius tantam mercium copiam, quarum pretium mox multum imminutum iri prævideret, Julio venderet, ut is ob hanc causam in egestatem aut in ruinam dejiceretur, caritatem violaret; et ideo ut istud malum evitetur, non huic soli, sed pluribus merces vendere debet. Similiter caritatem violaret qui vehementius urgeret alium ut merces emeret, aut qui falso affirmaret magnam futuram esse inopiam mercium quas vendit. Sed in hoc ultimo casu quantum si venditor interrogatus de copia futura mercium taceat, aut dicat se nescire, satis communiter admittitur (b) cum non injuste facere, quia ad hanc quæstionem respondere non tenetur; "si vero," ait Lugo (c), "dicat positive, non esse venturam copiam mercium. . . et hoc mendacio moveat contrahentem ad consentiendum, jam videtur dolo et fraude dare causam contractui, et ex dolo tenebitur ad restituendum excessum." Attamen in hoc casu probabiliter putat Lessius (d), emptorem ad restitutionem non teneri, etiamsi dicat non fore copiam, ad vitandum damnum proprium, "si ille in hoc non sit censendus fide dignus: tunc enim qui credit, suæ levitati imputet, si quid inde incommodi sentiat." Et hoc propter rationem allatam nobis satis probabile videtur, si tantum generaliter dicat non fore copiam mercium; si vero falso dicat naves quæ his mercibus onerabantur tempestate

(a) Gen. 41, v. 34 et seq.

(b) Cf. Lugo disp. 26, n. 145.

(c) Ibid.

(d) De just. lib. 2, c. 21, n. 43.

deperiisse, aut si dolose fingens se amicissimum esse emptori, falso ei suadeat brevi futuram esse harum mercium magnam inopiam, unde emptor deceptus merces emat quas aliter non emeret, censemus venditorem ad damnum quod inde patitur emptor reparandum teneri. Hoc etiam verum est, ut patet, etsi pretium quod accipit venditor, pretium summum quo tales merces eo tempore venduntur non excedat.

512. Dubitatur utrum quis possit emere parvo pretio res pretiosas, v. g. libros raros, gemmas, veteres res mobiles, &c., quæ apud eos qui res veteres venditant, aliquando venales proponuntur? Non omnino constat inter auctores (a), nobis tamen videtur distinguendum esse inter res quæ habent ex æstimatione peritorum pretium vulgare commune, et res quæ quamvis a paucis magni habentur, tamen ne horum quidem iudicio cognito, magni vulgo æstimantur. Sic Caius vendit Sylvio, rerum veterum venditori, anulum aureum gemmis pretiosis ornatum parvo pretio, quia putat eum esse cuprium, gemmasque falsas esse et ex vitro confectas. In hoc casu si Sylvius scit anulum esse pretiosum contractus irritus est, et idem etiam dicendum est, quamquam is pretium annuli ignoraverit; quia erratur de rei substantia, nisi tamen in secundo casu bona fide convenit, aut expresse aut tacite, ut res quancumque valeat isto tamen pretio vendatur. Idem dicendum videtur si error sit ex parte venditoris, et is qui anulum ab eo emit sciat hunc magni esse pretii; et ratio est, quia huiusmodi res etiamsi inter res viles prostent venales, non amittunt tamen pretium commune; quia veritate comperta non ideo minoris æstimantur. Aliter autem dicendum est de quibusdam vetustis exemplaribus librorum, de veteribus mobilibus, &c.; hæc enim quanquam a paucis magni habentur, vel hoc tamen cognito, a plerisque parvi æstimantur, aut etiam irridentur. Itaque quum huiusmodi res in his locis venales offeruntur, nullus est error de rei substantia. Et sæpe veteres libri ad usus viles ab emptoribus, v. g. ad tabacum complicandum, adhibentur, et venditores talium rerum nullos alios emptores quærunt, neque inveniunt. Si autem emptor putet se cognoscere quempiam qui res raras possidere velit, et si ideo speret se pro hac re pretium magnum accepturum, hoc omnino propriæ suæ peritiæ et industriæ attribuendum est, ut juste hanc rem eo pretio quo res viles ipsi commuiter venduntur, emere possit. Propter easdem rationes quivis potest res huiusmodi, quæ venales apud eos qui res veteres venditant exponuntur, eo pretio emere, quod ex communi æstimatione habent.

(a) Cf. Carriere de Cont. n. 699.

513. Multi venditores putant sibi licere merces suas pluris quam pretio summo vendere, quia ex imperitia, aut ex alia causa eas pluris quam pretio solito emerint; aut licere pretium solvere pecunia adulterina, quam ipsi ut probam acceperint; sed hæc injusta sunt, quia pretium ex æstimatione communi, non ex eis quæ uni aut alteri præter communem modum negotia gerendi evenerunt computandum est; et non magis licet Caio pecuniam adulterinam ob rationem allatam tradere Julio a quo eam non acceperit, quam marsupium ejus furari, quia aliquis marsupium sibi surripuerit. Hinc minime licet mercatori qui magnam partem mercium naufragio perdiderit, pro reliquis pretium summo majus exigere; quia ob hoc damnum privatum non augetur pretium vulgare. Itaque quicquid supra summum pretium, etiam sine dolo vel fraude, acceperit, restituere debebit; si vero dolo vel fraude, v. g. falsis ponderibus aut mensuris usus sit, quicquid supra medium aut infimum pretium sic injuste acceptum est, restituendum erit.

Jam supra de contractibus in genere disserentes (a), diximus quatenus ex præscriptis juris nostri rescissio contractus propter inæqualitatem pretii apud tribunalia impetrari possit.

Punctum Quartum.—De Monopolio.

514. Monopolium ex vi vocis *venditionem unius* significat. Definiri potest: *Copia vendendi quasdam merces quam unus aut plures exclusive sibi fecerunt.* Duplex est: 1°. *legitimum*, quod est privilegium a republica uni aut pluribus concessum ut hi soli quasdam merces vendant: 2°. *privatum*, quod tum fit quum unus vel plures efficiunt ut ipsi soli certas merces vendant, aut opera locent, pretio ab ipsis constituto. Monopolium publicum legibus nostris omnino reprobatum, exceptis tantum privilegiis quæ conceduntur in gratiam auctorum et eorum qui nova quædam opera manufacta invenerunt. Hanc totam materiam in tractatu de just. nn. 646 et seq. exposuimus. Itaque hic tantum de monopolio auctoritate privatorum inducto agendum est.

515. Vel monopolium efficitur ab uno qui omnes merces cujusdam generis in aliquo loco acquirit, vel a pluribus. In priore casu si mercator impediat ne merces eo adducantur, fraude, mendaciis, falsis rumoribus spargendis, injuste facit, et excessum pretii, etiamsi hoc non excedat summum, restituere tenetur. Si vero mediis injustis non utatur monopola, nihil injustum committit, dummodo pluris quam summo pretio ne vendat; quia jus habet res suas hoc pretio vendendi. Si vero aliquid supra sum-

(a) Cf. supra, n. 283 et seq.

(b) De Just. disp. 26, n. 173.

num pretium exigit, injuste facit et ad restitutionem tenetur. Sed quæstio est quid sit summum pretium? Respondet Lugo (a) per summum pretium intelligi id quo, secluso monopolio, merces illæ venderentur. Et hoc verum est, et probatur 1°. auctoritate doctorum qui hoc verum esse supponunt, quamquam rationem rei non satis enucleant. Probatur 2° ratione; namque ex supra dictis injustum est pluris quam summo pretio vendere. Itaque quum quis omnes merces cujusdam generis, præsertim eas res quæ ad vitam necessariæ sunt, in aliquo loco idcirco acquirit ut pretium augeat, et lucrum immodicum hoc modo faciat, pretium summum non est id quod ipse exigit, sed id quo venderentur merces si monopolium ipse non fecisset. Si enim is nullo monopolio facto, statuisset merces suas nonnisi pretio per monopolium stabilito vendere, nemo qui hoc cognosceret merces ab eo emeret, et eis qui inscii merces emerent, censentes se pretio communi emere, injustitiam inferret. Hoc communi sensu et judicio hominum confirmatur. Et si hoc verum est, certe non potest mercator istud pretium justum reddere, emendo omnes merces, ut hoc ipsum pretium exigeret. Hoc tantum interest inter duos casus, quod monopolio non facto, nemo nisi inscius ejus merces emeret; monopolio vero facto, quod attinet ad res ad vitam necessarias, coguntur omnes eas emere pretio per monopolium constituto. Sed monopolium singulorum, nisi in parvis insulis aut in locis quibusdam remotioribus et separatis, nunc vix effici potest.

516. Si monopolium fit a pluribus, et mediis injustis, omnes sane injuste faciunt, et quicquid hoc modo acquirunt supra pretium quo res, secluso monopolio, venderentur restituendum est. Si non agant communi consilio, unusquisque tenetur tantum restituere quantum ipse injuste acquisierit; si vero communi consilio agant, unusquisque aliis deficientibus in solidum tenebitur, ut de restitutione agentes exponemus. Si vero mediis injustis non utantur, sed monopolium creent omnes merces emendo, aut persuadendo venditoribus ut merces suas ad alios mercatus portent, nulla conventionione de hac re inita, injuste non faciunt, si tantummodo summum pretium exigant; si vero aliquid supra hoc pretium exigunt, injustitiam committunt, ut ex eis quæ jam diximus patet. Attamen vix evenire potest ut plures, nulla conventionione inita, pretium summo majus exigant. Si vero inter eos conveniat ne minoris quam summo pretio vendant, disputatur utrum hoc injustum sit necne; nullum enim dubium est quin si exigèrent pretium summo majus constituto quemadmodum supra exposuimus, injuste facerent. Et ex brevi hujus rei investigatione hæc tota materia patefieri potest. Si unus vel pauci

(a) De just. disp., n. 173.

mercatores alicujus loci, nullo pacto inito, venderent merces suas pluris quam pretio summo quod ibi vulgo solvitur, sine dubio, injuste facerent, et ad restitutionem tenerentur; quod manifestum est, et ex supra dictis patet. Itaque si conveniret inter omnes illius loci mercatores ne minoris quam isto ipso pretio merces venderent, hoc pactum esset contra justitiam, quia talis conventio pretium, quod secluso pacto injustum esset, justum reddere nequit. Ideo talis conventio injusta esset et omnes et singuli tum pro rata tum in solidum ad restitutionem tenerentur. Sed si conveniret ut minoris quam summo pretio ne venderent, multi tenent hos mercatores ad restitutionem teneri; quia cives jus habent ut mercatores tale pactum ne ineant ad summum pretium exigendum. Altera tamen sententia communior et probabilior docet hoc pactum non esse injustum (*a*). Ratio ex jam dictis afferri potest; quia sicut pactum de exigendo pretio quod majus est summo ideo injustum est, quia conficitur ad injustitiam inferendam; ita si ad rem non injustam faciendam ineatur, ipsum injustum non est. Quoniam enim unusquisque jus habet ut res suas ne minoris quam summo pretio vendat, nullius jus violat quum ei convenit cum aliis, ut minoris quam hoc pretio summo, quod ipsum justum, est ne vendat. Sic Petrus, si non adhibitis mediis injustis persuadeat Caio testamentum in gratiam Pauli confecturo, ne hoc faciat, etiamsi hunc legato privet, injustitiam tamen non infert. Sicut autem pactum sine injustitia inire possunt venditores ut minoris quam summo pretio ne vendant, ita etiam inter se pacisci possunt sine injustitia emptores, ut pluris quam infimo ne emant. Si vero pactum esset ne emerent nisi pretio quod infimo minus esset, hoc foret injustum. Hoc modo peccarent contra justitiam mercatores qui pactum inirent ad non emendum nisi minoris quam infimo pretio; sicut ex altera parte pistores, macellarii, et alii qui conspirant ad cibaria non vendenda nisi pluris quam summo, justitiam violant.

517. Artifices, opifices, et alii qui inter se paciscuntur ut ne operentur nisi mercedem summa ampliorem accipiant, justitiam violant: et hoc modo infertur injustitia non solum conductoribus qui opere aliquo suscepto, coguntur subito mercedes artificum non sine magno damno augere, sed etiam aliis operariis, quos ne operentur mercede consueta, vi et minis prohibent. Insuper injusta est conventio qua pactum est ne quis opifex opus ab alio inceptum perficiat, etiamsi hic ab opere perficiendo justissime arceatur. Nam hujusmodi pacto efficitur ut singuli possint tuti

(*a*) Ita Molina disp. 345, n. 6; Lessius lib. 2, c. 12, n. 145; Lugo disp. 26, n. 172; Salmant. de Cont., cap. 2. n. 56; S. Alph. de 7^o. præcep., n. 817, &c.

atque fidentes injustitiam conductori inferre, et Caius qui nunc tenetur non perficere opus a quo perficiendo Julius juste arcetur, scit se sua vice cogere posse cum qui suam operam conduxerit ad pretium injustum solvendum. Hi quidem non tenentur ad restitutionem, si sine vi aut dolo pretium summum tantum exigunt; sed opifices qui operari recusant, ut augmentum mercedis exigant, fere semper mediis injustis utuntur, quibus alios operarios cogant ut secum conspirent, aut saltem ut mercede consueta ne operentur. Ii omnes sane qui in hanc rem conspirant tenentur reparare damnum ipsi operario illatum, qui a mercede sua consequenda injuste prohibeatur, et etiam quicquid damni conductores accipiunt, qui jus strictum habent ne quis hoc modo prohibeatur quominus operam suam eis det. Aliquando quum operarii opera mercede consueta conficere recusant, et inde fit inopia rerum necessariarum, venditores arrepta hac occasione pactum inter se ineunt ne has res nisi pretio enormi vendant, unde fit ut pauperes præsertim graviter et injuste opprimantur. Sic etiam apud nos nunc ipsum res se habet; operarii enim in fodinis carbonariis, nisi mercede aucta, laborare recusant. Ii quarum sunt fodinæ pactum inter se inierunt, ut carbones fossiles nisi pretio enormi ne vendant; quo fit ut pauperes igne pæne careant. Dubitari non potest quin conventio quam inierunt ii qui negotium carbonarium exercent ad pretium summum sic augendum, injustum sit; et quod attinet ad operarios qui laborare recusant, præter alia mala, se ipsi suasque familias fame et aliis malis maximis afficiunt, unde febres morbique pestilentes gignuntur, quibus innumeri homines absumuntur, et tota respublica graviter affligitur. Et etiamsi fieri potest ut aliquando his pactis quæ conficiuntur ad pretium rerum augendum aut minuendum, justitia non lædatur, graviter læditur caritas; quia quamvis quis non teneatur vendere minoris quam pretio summo, tenetur tamen ex caritate aliis non suadere ut hoc ne faciant; quemadmodum quis etsi non teneatur ex caritate eleemosynam cuidam pauperi erogare, non tamen potest illæsa caritate alteri qui eam vult dare suadere, ut huic ne subveniat. Verum in uno casu licet conventionem inire de pretio rerum constituendo, ut resistatur injustæ conspirationi ad pretium ultra summum evahendum, aut infra infimum deprimendum; etenim illud jam fere in proverbium venit, ut quum improbi homines in injuriam conspiraverint, probis jure liceat defendendi sui causâ consilia inter se consociare (a).

718. Licet certo mercatoribus et negotiatoribus merces emere

(a) Hoc pronuntiatum sic Anglice exprimitur: When rogues combine, it is lawful for honest men to associate.

eo tempore vel loco ubi vilior pretio venduntur, ut eos servant in tempus vel portent in locum ubi pluris vendi solent; quia ut supra diximus pretium justum id est quod habent merces in loco et tempore determinato. Hac ratione ab injustitia excusantur mercatores qui apud gentes barbaras cultellos, specula, &c., pro massa auri commutant.

Denique inquirendum est utrum monopolio injusto semel facto, possint ii qui nullam partem in hac injustitia admittenda haberint, merces suas pretio sic constituto vendere. Plures theologi non infimi nominis (a) sententiam affirmantem tuentur, sed nobis videtur sententiam negantem, quæ communis est, omnino tenendam esse; quia ex dictis injustum est pretium quod supra summum per monopolium evehctum est; porro nemini licet pretio injusto vendere.

§ 2^a. *An et quatenus venditor rei suæ vitia patefacere teneatur? Quibus solennitatibus confici debeat contractus venditionis et emptionis ut ratus sit in foro civili?*

Punctum Primum.

An et quatenus venditor rei suæ vitia patefacere teneatur?

519. Hanc totam materiam disputatione quarta a n. 121, diligenter exposuimus, ubi de contractibus in genere egimus. Contractus venditionis et emptionis ad omnia præscripta juris sive naturalis sive municipalis, quæ ibi exposuimus, conformari debet. Ex ibi dictis patet defectus esse vel substantiales, vel accidentales; et alios esse manifestos, alios vero occultos. Si defectus ad substantiam mercis attinet, omnino tenetur venditor eum patefacere; aliter enim contractus jure naturali irritus erit, ut ibi exposuimus; vitium autem quod ad ipsius *mercis substantiam* non pertinet, potest multis modis esse in contractu *substantiale*, atque efficere ut is irritus aut rescindibilis sit. Sic si Caius vendat Julio equum Petri non consentientis, contractus jure tum naturali tum municipalis irritus est, excepto casu de quo infra agemus; quia quamquam vitium ad substantiam rei non attinet, est tamen *substantiale* in contractu, quia Caius dominium equi in Julium transferre non potest. Iterum si Caius spondeat equum quem vendit Julio sanum esse, aut idoneum ad currum ducendum, quum revera morbosus est, aut contumax et indomitus; contractus non est

(a) Cf. Salmant. loc. cit. n. 57.

irritus, sed ad arbitrium Julii rescindi potest. Si defectus sit circa qualitatem mercis venditæ et occultus, vel reddat eam notabiliter minus utilem emptori vel non; in priore casu venditor interrogatus injuste facit si denegat rem hoc vitio affici; si vero dicat se nolle rationem reddere de ullo vitio, injustitiam non committit, dummodo ne plus quam summum pretium exigat, et res ne reddatur inutilis aut perniciosa emptori; quia hic rem proprio periculo emit. Et idem dicendum videtur, si venditor interrogatus taceat; quia silentium in hoc casu idem valere videtur ac si dicat, se nolle vitia rei occulta aperire. Si vero vitium rem non reddat notabiliter minus utilem emptori, et venditor de eo non interrogetur, non tenetur id aperire, dummodo tamen pretium ob hoc vitium juste minuatur. Si vero de eo interrogetur, tacere potest, aut declarare se nolle rationem de hujusmodi vitiis reddere; non autem potest falso denegare hoc vitium rei inesse; et quanquam si contractus absolute ineatur non erit irritus, rescindi tamen potest, si dolus sit causa positiva contractus; et semper tenebitur venditor in conscientia reparare damna, si quæ sunt, quæ ex dolo suo evenerint. Sed hanc materiam, quatenus ex jure naturali et municipali teneatur venditor defectus occultos rei vendendæ sive sit mobilis sive immobilis aperire, et quatenus contractus ex errore vel dolo initus rescindi possit, supra a n. 124 exposuimus.

520. Si defectus sit manifestus et emptor merces inspicere possit, et venditor dolo usus non sit ad defectum occultandum (a) contractus ex nostro jure ratus est, etiamsi res idonea non est ad usum in quem emptor eam destinaverit, nisi venditor de re caverit; quia censetur rem emissee proprio suo judicio fretus. Sed si res sit emptori nociva, v. g. si venditor sciat animal morbo contagioso affectum esse, aut alimenta esse insalubria et bonæ valetudini nociva, reus doli in foro civili habebitur, et ad omnia damna compensanda condemnabitur. Aliter autem erit, si bona fide egerit neque de re caverit. Si vero emptor rem inspicere non possit, talis esse debet quales hujus generis merces esse solent.

Quod attinet vero ad jus naturale, docent theologi emptorem vitia mercis aperire non teneri, si de eis aut nullatenus aut tantummodo generali interrogetur; teneri vero vitium aperire, si de eo in specie interrogetur. Nobis videtur paulo aliter respondendum esse. Si vitium sit grave habita ratione usus in quem res ab emptore destinatur, et venditor sciat hoc vitium ab emptore non percipi, tenetur id patefacere; quia revera quod ad hunc emptorem, vitium est occultum, et nisi vitium ei monstretur, de-

(a) Cf. Lord St. Leonards' Handy Book, pp. 16 et 17. et supra n. 127. "Neither will you [*the seller*] be liable if you were yourself ignorant of the

capitur. Supponatur equum esse manifeste cæcum, sed emptorem adeo rudem et imperitum esse, ut hoc non percipiat; sane si venditor hoc intelligens vendat ei equum, non minus ei injuriam facit quam si vitium esset occultum. Si vero vitium non sit gravis momenti, habita ratione usus in quem res ab emptore destinatur, id nisi interrogetur patefacere non tenetur, et etiamsi interrogetur de eo potest tacere, aut dicere: habes oculos, ipse judica.

520. Quum quis emit statum immobilem, hanc conditionem fere semper exigitur ut venditor titulum ratum et certum sibi præstet, quod si fieri nequeat, contractus irritus est; si vero aliquod damnum passus sit emptor, recurrere potest ad tribunal, non quidem æquitatis, a quo vitium tituli sanari nequit, sed ad tribunal juris communis, ad damnorum compensationem exigendam. Sed hoc inter eos convenire potest ante venditionem, ut emptor titulum, quem alter optimum præstare possit, accepturus sit: et etiam post venditionem, si ita velit, hujusmodi titulum accipere potest. Præterea si specialiter conveniat tempore vendendi, ut venditor certas inquisitiones de titulo ne instituat, quas hoc pacto secluso facere teneretur, quo fit ut emptor titulum non ratum accipiat, ipse damnum subire tenetur.

Quod attinet ad res mobiles, quanquam ex opinione recepta apud jurisperitos, venditor mercium quas bona fide suas esse credat, non censetur spondere *implicite* emptori se dominium earum habere; attamen si affirmet res esse suas, *explicite* se obligare censetur ad bonum titulum emptori præstandum. Insuper dicendum est emptori licere a venditore exigere pecuniam pro re aliqua solutam cujus dominium ei præstare nequit (b); quia sine dubio, dominio rei non dato, nihil omnino [*no consideration*]

state of the property. And even if the purchaser was at the time of the contract ignorant of the defects, and you were acquainted with them, and did not disclose your knowledge to him, yet he will be without a remedy if they were such as might have been discovered by a vigilant man." Id. ibid. p. 16. But if you were to state that a house was in good repair, knowing that it had the dry-rot, and were not to communicate this fact to the purchaser, and the state of the house was not perfectly visible to every body, you could not enforce the contract. The same rules apply to incumbrances on the estate, and defects in the title to it. You must either deliver to the purchaser the instrument by which the incumbrances were created, or on which the defects arise, or you must acquaint him with the facts, if they do not appear on the title deeds. If you neglect this, you are guilty of a direct fraud,—and if your attorney keep back an incumbrance, he as well as you will be answerable for the fraud; and now a fraudulent concealment of a deed by a seller or his solicitor, or agent, may amount to a misdemeanour, and be punished as a criminal offence." Id. ibid. p. 19.

(b) Cf. Chitty, p. 418. et seq. et Stephen, vol. 2, p. 75.

pro sua pecunia accipit. Jure sane naturali tenetur venditor in hoc casu pretium emptori restituere; et non solum jure Civili sed et Gallico et Scotico venditor censetur *implicite* emptori cavere ne re empta privetur ob defectum tituli, et ut omnia damna quæ inde patiatur compensentur.

521. Regula generalis juris est, ut venditor mercium quarum ipse dominium non habeat titulum ratum emptori concedere ne possit; ideoque dominus actione eas etiam a bona fide emptore repetere possit, etiamsi fur in judicium non adducatur. Item si Caius rem Julii quam ipse tantum conduxerit, vendat Petro, qui eam bona fide emat, Julio eam a Petro exigere licebit. Attamen si Caius dominus mercium permittat Julio, qui *prima facie* ex natura negotii quod gerit, jus vendendi merces habere videtur, aut ipsas merces possidere, aut instrumenta quæ sunt *indicia* proprietatis in talibus rebus ita ut se exhibere possit non tantum ut possessorem, sed etiam ut verum dominum, et is vendit merces Petro, qui eas bona fide, et nullo indicio accepto eas non esse Julii, emit, venditio rata erit. In hoc tamen casu censendum est Petrum dominium mercium non a Julio, sed ex ipsa republica accipere, quæ juste ob bonum publicum earum dominium a Caio in Petrum transfert.

522. In alio casu et ob eandem causam quum merces in nundinis publicis [*market overt*] (a) venduntur, contractus ratus est, etiamsi venditor nullum jus ad eas vendendas habet. Merces tamen tales esse debent quales ex communi usu in nundinis publicis vendi solent. Nundinæ vero *publicæ* eæ dicuntur esse quæ in certo loco et diebus ex diplomate aut consuetudine constitutis mercandi emendique causa habentur. Londinii tamen in ipsa urbe nundinæ publicæ habentur in singulis tabernis et omnibus diebus, dominicis tantum exceptis. Sed non ad omnia genera mercium vendenda neque Londinii neque alibi existunt nundinæ publicæ in singulis tabernis, aut in aliis locis pro venditione mercium sepositis; sed tantum ad eas merces vendendas quæ communiter in certis tabernis et locis vendent, et quæ ad negotium venditoris pertinent. Venditionem etiam fieri necesse est in loco aperto, aut in taberna patente et exposita, et eis horis quibus merces in

(a) Excepting the City of London, *Market overt* [*open*] is a fair or market held at stated intervals, in a particular place, by virtue of a charter or prescription. In the city of London every shop is on every day, except Sunday, a market overt, but the sale must take place in the usual and public part of the premises where such goods are placed for sale; but it has been held that the sale is good, though the premises have been described as a warehouse, and are not sufficiently open to the street for a person to see what passes within. Chitty, pp. 359, 360.

his locis et tabernis communiter et publice venduntur. Quoniam tabernæ pigneratorum non constituuntur ad res vendendas, dominium rerum quæ apud eas pignori datæ sunt, non transfertur; et præterea si quis suspicetur rem suam illicite apud tabernam Julii pigneratoris esse oppigneratam, si ostendat magistratui se hujus suspicionis probabilem habere rationem, mandatum obtinebit ad Julii tabernam explorandam, et si rem ibi invenerit, suamque eam esse probaverit, Julius eam restituere cogetur.

Ex eis quæ specialiter præscripta sunt de equo furtivo in nundinis publicis vendendo, emptor dominium equi non acquirit nisi expositus fuerit in nundinis publicis per unam integram horam, inter horam decimam matutinam et solis occasum, in loco publico ubi equi communiter emuntur et venduntur, neque satis est ut prostet in privato aliquo equili consepito; et requiritur ut postea a venditore et emptore adducatur ad eum apud quem reddenda ratio est omnium rerum quæ in nundinis veneunt [*the book-keeper of the market*]; qui in libro suo descripturus sit pretium equi, colorem, notas quasdam quibus distinguitur, nomina venditoris emptorisque, et locos ubi habitant; nam et de nomine venditoris, et de habitatione constare debet. Et si quod ex his præscriptis non erit servatum, dominus equum suum repetere poterit apud quemcumque eum invenerit, et etiamsi interim pluries sub hosta publica venditus fuerit; et si repugnaverit possessor actio in eum competet. Præterea etiamsi hæc præscripta omnia servata fuerint, si dominus equum suum postulaverit apud magistratum loci ubi eam inveniat, intra sex menses ex quo surreptus est; et si intra proximos quadraginta dies probaverit, adductis duobus testibus juratis, equum suum esse, eum exigere poterit, soluto tamen pretio quod pro eo emptor bona fide solverit. Ex his patet dominium equi furtivi fere nunquam a domino auferri per venditionem in nundinis publicis factam.

523. Quædam etiam aliæ sunt restrictiones circa translationem domini mercium quæ in nundinis publicis venduntur; namque si res sint publicæ [*Crown property*] dominium non transfertur. Deinde si merces quæ in nundinis publicis venierunt sint furtivæ, etiamsi dominium in emptorem transfertur, attamen si fur a domino in iudicium adductus hoc crimine damnatus fuerit, dominium ad dominum revertetur, qui res ab emptore jure exigere poterit. Deinde quanquam præscripta de rebus venditis in nundinis publicis pertinent etiam ad merces quæ sunt minorum, mulierum nuptarum, mentis non compotum, lunaticorum aut eorum qui in regionibus exteris habitant, aut in carcere detinentur; attamen si emptor scierit bonæ esse hujusmodi hominum, dominium non acquirit, etiamsi in nundinis publicis vendantur. Et idem

dicendum est, si emptor scierit venditorem non habere jus bona vendendi, aut si qua alia fraus in contractu intercesserit. Bona fides requiritur ex parte emptoris non solum jure naturali sed etiam municipali; et manifestum est non licere eis qui res ab altero emunt qui jus ea vendendi non habet, eas ex præscripto de venditionibus in nundinis publicis factis salva conscientia retinere, nisi bona fide egerit. Præterea si Caius merces suas proprias emit in nundinis publicis a Julio bona fide possessore, non tenetur ex hoc contractu pretium earum solvere, nisi dominium per aliam præviam venditionem amiserit. Itaque si Julius ad nundinas pergens quædam pecora quæ ad nundinas adiguntur bona fide emat, et postea ea Caio eorum domino vendat in nundinis publicis, hac venditione dominium non mutaretur, et ideo si prima venditio irrita fuerit, Caius neque pretium solvere neque pecora reddere tenetur. Si vero vendita essent pecora cuilibet alteri præter dominum, v. g. Sylvio in nundinis publicis, dominium mutaretur, et neque Sylvius pecora neque Julius pretium, si bona fide egissent, Caio, ne ex conscientia quidem, reddere teneretur; et hic tantummodo compensationem ab eo a quo primo injuste vendita sunt exigere poterat. Attamen si pecora postea in possessionem Julii pervenient, nulla venditio in nundinis aut sub hasta facta obstatit quominus Caius ea vindicare possit, quia quum Julius ea primo in nundinis publicis vendidit, ipse eorum dominium non habuit, neque hoc per subsequentem venditionem acquirere potuit. Et hoc dicendum est de omnibus rebus in nundinis publicis bona fide venditis ab eo qui dominus non est; si enim unquam postea eas acquireret, vindicari possunt ab eo cujus dominium per venditionem in nundinis publicis factam ablatam est.

524. Ex dictis resolvi potest quæstio illa celeberrima, an liceat ei, qui rem furtivam bona fide emerit, eam furi reddere, ut pretium recuperet? Si res vendatur in nundinis publicis, et emptor comperiat ante pretium solutum eam esse furtivam, ei non licet pretium solvere, *ea mente ut rem faciat suam*; id enim agendo se reum fraudis et injustitiæ constitueret; et tenetur, si sine gravi incommodo id facere possit, ex caritate rem domino tradere, aut eum monere ut rem suam recuperare possit. Si vero pretium jam bona fide solverit, res furtiva sua est, et eam juste retinere potest; si vero pretium recuperare possit sine gravi incommodo, et quum rem reddat furi, domino dare occasionem eam recuperandi, ad hoc ex caritate astringi videtur. Diximus ei non licere pretium solvere *ea mente ut rem faciat suam*; quia si rem emat pretio quod est infra valorem, ut domino eam restituat, utique negotium pro domino utiliter gerit, et rem ei ex conscientia reddere non tenetur, donec pretium acceperit. Si vero res non ven-

datur in nundinis publicis, emptor dominium rei non accipit, et ideo non obstante venditione, et bona fide ex parte emptoris, res adhuc ejus est cui surrepta est, eique est reddenda. Itaque si emptor ante pretium solutum comperiat rem esse furtivam, non tenetur id solvere; neque licet ea mente ut rem retineat; sed si ita velit, potest negotium domini utiliter gerere modo exposito. Si vero pretium jam solverit, et dominum a damno tutari possit, v.g. eum aut alium monendo de loco ubi res absconditur, utique licet rem furi restituere ut pretium recuperet. Si vero dominus præsto sit et rem suam petat, emptor eam cognita veritate ei statim reddere tenetur. Attamen si dominus rem suam commode a fure recuperare possit, debet ex caritate permittere *bonæ fidei* emptori rem reddere ad pretium recuperandum, si alio modo id recuperare nequeat. Insuper si neque fur neque dominus præsto sit, non potest emptor rem vendere neque in proprios usus convertere, sed eam domino reddere tenetur, eis tamen de expensis servatis quæ de *possessore bonæ fidei* in tract. de restitutione statuemus.

525. Quæstio igitur est, an liceat ei qui rem bona fide a fure emerit pretiumque solverit, eam furi reddere, si aliter pretium recuperare nequeat, etiamsi putet dominum rem suam non recuperaturum? Gravis de hac re movetur controversia inter theologos, ut videri potest apud .S. Alph. (*a*), Carriere, &c. (*b*); sed nobis videtur opinionem quæ docet licere rem furi reddere, quum emptor pretium alio modo recuperare non possit, tum ob auctoritatem tum ob rationes quibus confirmatur, præferendam esse. Hanc enim tenent Lessius (*c*), Lugo (*d*), et alii multi quos afferunt et sequuntur Salmant. (*e*), et S. Alph. (*f*), qui eam fortasse probabiliorem esse dicit. Ratio vero est, quia si emptori rem furi reddere non liceret, hoc fieret vel ex contractu vel ex mera rei possessione. Sed non obstat contractus qui irritus est, aut saltem rescindi potest ad arbitrium emptoris: neque mera possessio; aliter enim Julius si rogatus esset a Caio, quem furem esse ignoraret, ut paullisper teneret equum quemdam quem surreptum esse Sylvio postea comperiret, Julio non liceret hunc equum relinquere, etiamsi videret Caium proprium suum equum furantem; saltem si sciret Caium, nisi ei permetteret proprium suum equum furari, equum Sylvii iterum ablaturum. Sed hoc nimis durum est, et contra communem sensum et intelligentiam hominum. Insuper Julio non liceret equum furtivum reddere Caio furi, etiamsi ignoraret quis sit dominus equi; quia moraliter certus

(*a*) De 7^o præcepto, n. 569.

(*c*) L. 2, c. 14, n. 14.

(*e*) De restitutione, cap. 1, n. 83.

(*b*) De just., n. 1042.

(*d*) De just. disp. 17, n. 29.

(*f*) Loc. cit.

esse potest fore ut dominus equi brevi compareat, quanquam quis sit nunc ignorat. Deinde nullam injuriam facit domino equum reddens furi, sed eum reponit in eo statu in quo fuisset si contractus nunquam initus esset. Præterea quum emptor non minus quam dominus rei innocens est, utique illi licet sibi potius quam alteri in pari casu consulere. Itaque sicut fur non transtulit in emptorem dominium equi, ita neque is dominium pretii transtulit in furem, et ideo licet ei equum furi reddere ad pecuniam suam recuperandam. Aliter enim si Caius equum furtivum pro equo Julii commutasset, non liceret huic istum equum reddere Caio ad equum suum proprium recuperandum, quæ sententia nimis dura et contra communem hominum sensum esse videtur.

Præcipuum fundamentum contrariæ sententiæ hoc est, quod res sit domini etiam dum apud emptorem maneat, qui teneatur domino rem suam præstare, si tunc compareat remque suam exigit. Hoc quidem verum est, et insuper si fur non compareat, emptori non licet rem vendere, aut in proprios usus convertere ad se indemnem præstandum. Sed respondetur ei idcirco non licere rem vendere, quia injuriam faceret tum emptori, in quem dominium rei transferre non potest, tum domino, qui sane jus habet ut res ne aliter vendatur, neu destruaturs nisi ut venditori reddatur. Ad alteram vero partem, distinguendum est inter jus quod quis habet ad rem aliquam auferendam, et jus quod habet ut alii rem illam in ipsius commodum conservet. Sic, ut docent theologi, omnia sunt communia in extrema necessitate, et ideo si Petrus equo Pauli indigeat ad vitam suam servandam, jus strictum habet ne Paulus eum vi prohibeat quominus equum auferat; sed jus strictum non habet, ut Paulus equum sibi tradat neque ut laxatis habenis ne currat, ne equus ab ipso exigatur. Ita in præsentī casu concedimus quidem dominum equi jus habere ut, quum postulaverit, equus sibi tradatur, sed negamus eum quidquam juris habere, quominus emptori liceat equum venditori reddere ad pecuniam suam recuperandam.

Punctum Secundum.

Quænam sit forma contractus venditionis et emptionis ex præscriptis juris nostri, et quatenus hunc contractum scriptis confici necesse sit?

526. Distinguendum est inter contractus quibus merces pecunia præsentī, et eos quibus pecunia non præsentī venduntur. In contractibus quibus merces pecunia non præsentī venduntur, nulla traditio ex alterutra parte nec mercis nec pretii, *per se* requiritur

ad dominium mercium a venditore in emptorem transferendum; nisi appareat hunc ex fraude pretium mercium non esse solutum. Dicimus *per se*, quia quum merces venditæ decem libris aut pluris valent, necesse est ut aut contractus scriptis contineatur, aut ut aliqua pars mercium aut pretii tradatur, ut statim declarabimus. Si autem contractus pecunia præsentī ineatur, quum pretium determinatum, quod tamen ad decem libras non attingit, pro mercibus determinatis, et ad tradendum aptis, ab uno offertur et ab alio accipitur, conventio rata et valida initur, sed dominium mercium non transfertur; et ideo si hæ pereant, aut deteriores fiant, venditor damnum sustinere tenetur. Si vero pretium mercium cujuscumque valoris offeratur [*be tendered*] venditori, sive hoc accipiat, sive non, dominium rerum in emptorem transfertur; et idem dicendum est si venditor merces offerat emptori. Insuper etiamsi neque totum pretium, neque omnes merces offerantur, si aliqua pars pretii, etiam unus nummus, aut aliqua pars mercium, in modum arrhæ tradatur et accipiat, dominium mercium transfertur in emptorem, ideoque earum periculum (seclusa venditoris culpa) ad eum pertinet, et is pretium pactum venditori solvere tenetur. Jam diximus dominium mercium non transferri, nisi sint in individuo determinatæ, et nisi tempore venditionis, perfectæ sint quales ex contractu emptori tradi debent. Si enim tempore contractus aliquis actus necessarius sit ex parte venditoris ad eas perficiendas, earum dominium adhuc apud eum manet (a).

Distinguendum etiam est, quum merces pecunia præsentī venduntur, inter translationem domini et translationem juris possessionis; quum enim merces venduntur pecunia numerata, servatis legis præscriptis, ita ut earum dominium in emptorem transferatur, non tamen jus habet possessionem exigendi, nisi aut totum pretium solvat aut offerat venditori. Emptor, si pretium obtulerit venditori qui id accipere recuset, poterit merces arripere, aut actionem propter earum injustam detentionem illi intendere. Similiter venditor, si obtulerit merces emptori qui eas accipere recuset, poterit actionem huic intendere ad pretium exigendum.

Discrimen igitur inter contractum quo merces in individuo determinatæ et ad tradendum aptæ venduntur pecunia præsentī, et eum quo venduntur pecunia non præsentī hoc est; quod in priore dominium mercium, quanticumque valent, non transfertur, nisi pretium vel solvatur vel offeratur, aut merces tradantur, aut offerantur; aut nisi aliqua *pars* sive pretii sive mercium offeratur et accipiat; in posteriore vero, dummodo pretium

mercium ad decem libras ne perveniat, conventionem de venditione et emptione etiam verbis inita, dominium mercium sine ulla traditione cujusquam partis sive pretii sive mercium, statim a venditore in emptorem transfertur. Insuper quum merces pecunia non numerata venduntur, translatio domini a jure possessionis non distinguitur; et ideo contractu inito potest emptor merces arripere, aut actionem ad eas exigendas venditori intendere.

527. Quum vero pretium ad decem libras pervenit, venditio sive fit pecunia præsenti sive non præsenti, præscriptis sectionis 17^{ae}. stat. contra Fraudes regitur, cujus verba hic anglice referre juvat: “No contract for the sale of any *goods, wares, or merchandizes* for the price of £10 or upwards, shall be good, except the buyer shall, first, *accept part of the goods* so sold, and *actually receive* the same: or, secondly, shall *give something in earnest* to bind the bargain, or in *part of payment*; or, thirdly, unless some *memorandum or note in writing*, of the said bargain be made, and *signed by the parties to be charged* by such contract, or their agents thereunto lawfully authorized.”

Jamvero multum interest inter præscripta hujus sectionis et quartæ de qua supra tractavimus. Primum enim omnes contractus ad quos attinet sect. 4^a. scriptis confici necesse est; tribus vero aliis modis præscripto sect. 17^{ae} satis fieri potest: 1^o acceptione alicujus partis mercium; 2^o solutione alicujus partis pretii; 3^o dando aliquid in modum arrhæ ad conventionem confirmandam. Si vero contractus aliquo ex his modis non firmetur, necesse est ut scriptis conficiatur. Altera discriminis ratio hæc est, quod quarta sectio non irritat contractus, sed tantum actionem ad eorum executionem exigendam denegat; sectio vero 17^a irritat contractus nisi modo præscripto conficiantur.

528. Sectio 17^a nullos complectitur contractus præter eos qui ad venditionem et emptionem bonorum [*goods*], id est, catallorum personalium seu bonorum mobilium (a) attinent. Itaque ex hac sect. necesse non est ut scriptis perficiantur contractus de vendendis partibus rei communis societatis argentariæ (b), aut societatis quæ ad vias ferreas muniendas et administrandas constituitur, aut de venditione pecuniæ mutuæ datæ fide publica exteræ gentis; quia hæc non esse bona ad sensum statuti declaratum est.

(a) De significatione bonorum mobilium et catallorum personalium, cf. tract. de just., nn. 253 et seq.

(b) But by 30 Vict. c. 29, s. 1, all contracts made after 1st July, 1867, for the sale or purchase of any shares, in any Joint-stock Banking Co., in Great Britain or Ireland, are declared to be void unless the contract sets forth the registered numbers of such shares; or if there be no such numbers, the person or persons, in whose name or names the shares are registered.

Etiam quum convenisset ut Petrus navarchus onus frumenti Glas-covium portaret, et inde onus carbonum reportaret Dublinium, declaratum est hunc contractum non ad venditionem bonorum, sed ad transvectionem mercium attinere, et ideo necesse non fuisse ut scriptis conficeretur. Sed quum contractus tum ad venditionem bonorum tum ad alias res attinet, necesse est ut secundum præscripta sect. 17^{ae} conficiatur; et idem verum est, quum venditio sub hasta publica aut in nundinis publicis fit. Item hæc sectio olim complecti censebatur contractus de venditione rerum, qui nonnisi ad tempus aliquod futurum in executionem perducendi essent, dummodo res tempore ineundi contractus essent *in esse*, etsi non ad tradendum aptæ: non autem pertinebat ad contractus in executionem perducendos de rebus quæ tempore contractus initi non erant *in esse*; qualis est contractus de nave ædificanda, aut de curru conficiendo, et de aliis hujusmodi. Sed nova lex postea lata est quæ valeret in Anglia et Hibernia (9 Geo. IV. c. 14, s. 7), non autem in Scotia, qua jubetur ut præscripta sect. 17^{ae}. stat. contra Fraudes servanda sint in omnibus contractibus de bonis vendendis quæ decem libris valent, etiamsi bona non sint *in esse* tempore contractus ineundi (a). Quoniam statuta hujusmodi interpretanda sunt quasi unum sint statutum, sequitur sectionem 17^m. stat. contra Fraudes complecti omnes contractus de vendendis bonis, quorum *valor* (non vero *pretium*) ad 10 libras attingit. Itaque venditionem secundum præscripta stat. confici necesse est, etiamsi tempore vendendi incertum sit utrum pretium ad 10 libras attingat necne, dummodo hoc pretium postea ab emptore solvatur, neque deducendæ sunt impensæ quæ a venditore factæ sunt in bonis emptori tradendis. Quanquam vero hæc sect. complectitur contractus qui tum ad bonorum venditionem, tum ad alias res simul attinent; attamen declaratum est contractum de opere aliquo perficiendo et de materia ex qua perficiendum est præbenda, v. g. contractum quo tenetur typographus pretio constituto librum formis exscribere et chartam suppeditare, scriptis confici necesse non esse.

529. Quod attinet ad eum modum quo contractus ratus efficitur traditione alicujus partis bonorum aut pretii aut arrhæ, necesse non est quidquam addere. Sed quum contractus ideo ratus esse habetur, quia scriptis confectus est, dicendum est easdem regulas

(a) Verba hujus legis sunt: "That the said enactments (s. 17 of Statute of Frauds) shall extend to all contracts for the *sale of goods*, of the value of £10 sterling, and upwards, notwithstanding the goods may be *intended to be delivered at some future time*, or may not at the time of such contract *be actually made, procured, or provided, or fit or ready for delivery*."

valere, quas supra de præscriptis 4^{ae} sect. exposuimus. Necesse est ut instrumentum eodem modo subscriptum sit, vel ab eo ipso cui actio ad contractus executionem exigendam intenditur, vel ab ejus procuratore qui legitimam facultatem ad hoc agendum acceperit; quæ tamen facultas verbis concedi potest. Sed unus ex contrahentibus alterius procurator esse nequit; neque sufficit si Caius procurator Julii unius contrahentis, notam conventionis altero contrahente postulante subscribat, ut actio huic ad contractus executionem exigendam intendi possit. Necesse non est ut totus contractus in uno instrumento contineatur sed constare potest ex diversis scriptis, dummodo hæc ita inter se colligantur ut de eadem materia intelligi possint sine ope testimonii viva voce prolati. Sed quum Caius scripsisset ad Julium se equum ejus 30 libris empturum, dummodo sanus esset, et currum placide duceret; Juliusque rescripsisset eum sanum esse, et simul cum alio equo placide ducturum; declaratum est inter partes de eadem re nunquam convenisse. In alio casu scripsit Caius se paratum esse certo pretio certam quantitatem boni hordei vendere Julio; qui rescripsit se occasionem illud emendi arripere, expectans fore ut Caius sibi hordeum bellum [*fine*] præberet. Recusavit autem Caius contractum implere, quia nunquam promisisset se hordeum *bellum*, sed *bonum* præbiturum. Actione intenta jurati, audito testimonio, pronuntiarunt vocabula *bonum* et *bellum* in hoc negotio non idem significare, quo facto judex contractum irritum esse declaravit.

530. Quanquam dictum est verbum *pactionis* [*bargain*], quod in sect. 17^a occurrit, minus stricte interpretandum esse quam verbum conventionis [*agreement*], quod in sect. 4 usurpatur, declaratum tamen est, necessarium esse ex sect. 17^a ut nomina utriusque contrahentis aut eorum procuratorum in nota pactionis declarentur, et ut nomen illius cui actio intenditur ei subscriptum sit. Quod atinet ad pretium, vel de eo pactum est, vel non. Si de eo pactum non est, necesse non est ut quidquam de eo in nota scribatur; quia in hoc casu intelligitur pretium consuetum et rationabile pro bonis solvendum esse. Item quum Caius qui certa merces a Julio postulasset sibi pretio modico [*on moderate terms*] præbendas, postea contractui stare recusasset, declaratum est præscripto stat. satisfactum esse. Si vero in contractu ineundo pactum est de pretio, necesse est ut hoc in nota scribatur. Sic Caius Julio ostendit indicem pretii certarum mercium, quarum quasdam Julius pactus est emere, ea tamen conditione ut quarta pars de pretio [25 *per cent.*] detraheretur. Postea is scripsit ad Caium ut certa quantitas mercium ad se transmitteretur, sed in his literis nulla mentio pretii facta est; et paulo post alias literas

misit, quibus dixit se merces non accepturum. Actione ei intenta, declaratum est contractum irritum esse, quia neque in prioribus literis neque in alteris facta esset mentio pretii de quo convenisset.

531. Necesse non est ut contractus scriptis conficiatur tum quum initur; sufficit enim si postea eam agnoverit is cui actio intenditur, literis scriptis etiam ad tertiam quamdam personam; sed necesse est ut literæ datæ sint antequam actio intendatur. Quin etiam sufficit si is cui actio intenditur contractum agnoverit literis quibus significat se ei stare nolle. Convenerat verbis inter Caium et Julium de venditione certarum mercium. Julius emptor postea literis ad Caium datis ea quæ præcipua erant in contractu scripsit, sed addidit se merces neque recepisse, neque recepturum, quia vector detrimentum eis intulisset. Tribunal pronuntiavit huic contractui, quantum quidem opus esset scriptura, sufficere primam partem literarum, et Julium quum in altera parte contractui stare recusasset, non effecisse ut ipse eum jam non valide agnovisset. Sufficit etiam si nota contractus contineat ea omnia quæ facienda sunt ab illo cui actio intenditur.

Denique notandum est contractus qui perficiuntur, aut traditione partis rei, aut pretii, aut arrhæ, aut quia scriptis constant, mutuo consensu meris verbis expresso rescindi posse.

§ 3^a. *De quibusdam venditionis et emptionis speciebus.*

Punctum Primum.

De venditione in atrio auctionario.

532. Auctio est species venditionis, quæ proscriptione publice facta, a curatore auctionum fit in loco designato, ubi cuilibet datur potestas licitandi, atque ei qui maximum pretium offert res addicitur. Dicitur auctio, quia per licitationes pretium rei augetur. De pretio rerum quæ hoc modo venduntur, dicendum est licere eas pluris vendere aut minoris emere, quam si alio modo venderentur aut emerentur, dummodo nulla fraus nec dolus intervenierit. Ratio est, quia pretium ab ipsis licitantibus constituitur, et vendentes et ementes idem periculum damni subeunt, et eandem spem lucri habent. Hujusmodi venditio est contractus aleatorius, qui servatis debitis conditionibus justus et licitus est. Conditiones vero sunt, ut ne qua fraus neu dolus adsit neve ex parte venditoris, neve licitantium, neve curatoris auctionum. Venditor autem injuste faceret, si de industria celaret rei vitia occulta et gravia quæ eam emptori noxiam aut inutilem redderent; aut si sciret

emptorem ex vitii ignorantia pretium majus solvere. Magna etiam fraus est decipere emptores de eis qualitatibus rerum venalium ex quibus pretium aut præcipue aut magna ex parte pendet. Sic quum mera exemplaria veterum picturarum tamquam tabulæ ab ipso artifice pictæ venduntur, manifesta fit injustitia emptoribus, dummodo vere decipiantur. Attamen habita ratione eorum qui hujusmodi res venales prædicant, et atrii auctionarii ubi venales proponuntur, sæpe fit ut nemo his re vera decipiatur, et ideo tales picturæ plerumque parvo pretio venduntur. Insuper si sciat venditor aut curator auctionum, etiamsi ipse nihil falsi dixerit, emptorem ex errore de aliquo facto majus pretium pro pictura dare, si errore non detecto permittat ei hoc pretium solvere, fraudem committet.

533. Præcipua quæstio est, an venditor fraudis et injustitiæ reus sit, si aliquos qui simulent se bona fide licitari immittat ad pretium rerum venalium augendum. Certum est id quidem licere quod ab omnibus cognoscatur et a lege sanciat. Sed hic distinguendum est inter venditionem rerum immobilium et rerum mobilium; quia ex nostro jure venditio agrorum in atrio auctionario specialibus præscriptis regitur. Quod attinet ad venditionem agrorum, si venditor clam immittat licitantem, fraudis contra emptorem reus est, et hic, fraude cognita, contractum rescindere potest (a). Olim hoc præscriptum apud tribunalia æquitatis admissum non erat; sed nunc ex 30 et 31 Vict. c. 48, s. 4, servandum est etiam a tribunalibus æquitatis in venditionibus post diem 1^m. Augusti 1867, contractis. In sectione vero 5^a statuitur, ut in conditionibus venditionis exponendis declaretur utrum agri absolute vendendi sint licitanti qui summum pretium offerat, necne; et si declaretur agros vel domos vendendos esse absolute [*without reserve, or words to that effect*], illicitum erit emptori licitantem immittere, et curatori auctionum talem licitationem scienter accipere. Si hoc præscriptum violetur, emptor ad arbitrium contractum rescindere poterit, et si per hunc dolum damnum passus erit, actionem venditori intendere poterit ad reparationem exigendam. Præterea si curator auctionum de auctore suo reticens, declaret agros absolute vendendos esse, contractum inire censetur cum licitante qui bona fide summum pretium offert; et si hic contractus violetur, emptor actionem ipsi curatori intendere poterit. In sect. 6, legis prædictæ statuitur ut, si in conditionibus venditionis proscribendis venditor declaret se reservare sibi jus licitandi,

(a) "If a person be employed to bid, even with a view to save the auction duty, the sale is void unless it be announced that there is a person bidding for the owner." Chitty, p. 278.

*licebit aut ipsi venditori aut *uni* tantum alteri licitari quocumque modo velit. Ipse venditor vix unquam licitatur, sed hoc officium curatori auctionum committit. Venditor quidem permittere potest prudentiæ ipsius curatoris ut licitetur ad proprium suum arbitrium, sed nemo curator qui quidem existimationi suæ consulat, officium hoc modo susciperet; sed semper exigit ut venditor pretium infimum designet, et ipse curabit ne agri minoris vendantur. Aliquando curator hoc pretium in ipso auctionis exordio declarat, et deinde nisi quis majus pretium det, agri non venduntur; si vero aliæ fiant licitationes, addicentur ei qui summum pretium obtulerit. Aliquando declarat curator venditorem facultatem semel licitandi, aut sibi aut curatori auctionum reservasse, quæ conditio stricte observanda est, et si alium immittat licitaturum, aut si ipse vel curator auctionum bis licitetur, emptor contractui stare non tenetur. In hoc casu si factis licitationibus ad pretium reservatum perveniatur, plerumque annuntiatur agros nunc absolute vendendos esse, eique qui summum pretium obtulerit tradendos. Hæc præscripta tuta conscientia servari possunt et debent; et si quis ea non observet, et legem violando pretium augeat reus erit fraudis et injustitiæ, et ad restitutionem tenebitur.

534. Jam diximus, ubi de contractibus per procuratorem initis egimus, necesse non esse ut auctoritas procuratori concessa ad contractus nomine sui auctoris conficiendos scriptis constet, et hoc verum est de curatoribus auctionum, etiam quum ad agros vendendos deputantur. Quoniam licitans tantum offert certum pretium, licitatio revocari potest quovis tempore ante ictum malleoli; et ad ligandum emptorem necesse est adhuc ut nomen ejus, ut emptoris, a curatore auctionum ejusve ministro, etiam ubi bona venduntur, rite inscribatur. Neque sufficit ut nomen emptoris in catalogo rerum venalium inscribatur, nisi in eo conditiones notentur, aut nisi ubi inveniri possint indicetur. Quum vero venduntur agri aut bona quorum valor ad decem libras pervenit, necesse est ut præscripta Statuti contra Fraudes, modo supra exposito, serventur. Sed quod attinet ad bona quæ partibus diversis [*in separate lots*] venduntur, quarum aliqua ad decem libras non pervenit, quanquam idem emptor plures emat, sufficit ut nomen ejus singulis vicibus a curatore auctionum rite inscribatur, quia singulæ partes separatim emuntur. Insuper in vendendis sive agris sive bonis curator auctionum potest esse utriusque partis procurator; sed non est necessario procurator emptoris (a); si vero sit, rite et valide hujus nomen subscribere potest, etiamsi

(a) Cf. Chitty, p. 368. After the sale the auctioneer is the agent of the seller only; and whether he be the agent of both parties or not, depends on the facts of each particular case. Ibid., p. 367, in notis.

ipse emptor sit alterius procurator. Sed si curator auctionum nomen emptoris, etiam eo petente, subsignet, non potest *proprio nomine* actionem emptori intendere ad contractus executionem exigendam; quia nomen *unius* contrahentis non potest ab *altero* contrahente rite subscribi, requiritur enim ut procurator sit aliquis tertius. Sed minister curatoris habebitur ut aliquis tertius, et si is nomen emptoris subscripserit, facultate ad hoc faciendum concessa ab emptore, aut ipso præsente et non contradicente, hoc sufficiet ut actio a quocumque, qui jure id agendi potiat, ei intendatur.

535. Monendi sunt tum venditores tum emptores, sive venduntur res immobiles sive mobiles, omnino iniri debere pactum cum curatore auctionum de mercede ei solvenda. Si enim pactum non ineatur, quinas libras in centenas exiget, dum pacto inito, merces minor convenire potest. Fere semper tamen convenit inter venditorem et curatorem privatim de summa quæ huic solvenda est, sed hoc non obstante plerumque in conditionibus venditionis recensetur, ratione mercedis curatoris auctionum, aliarumque impensarum, quinas in centenas supra pretium ex licitatione statutum ab emptore solvendas esse. Hoc modo pretium quod venditori solvendum est non parum augetur, et quamquam injustus non est hic modus agendi, attamen sine dubio ad eum recurrunt venditores, quia emptores in licitando de hac taxa vix cogitant, atque ideo tantum licitantes offerunt, quantum darent si ea imposita non esset. Quod attinet vero ad venditorem, contractum scriptum cum curatore auctionum conficere debet, quo etiam pacisci debet, ut ne quid ultra id de quo pactum sit, ex hujus negotii consuetudine exigendum sit. Stipulari etiam debet de mercede danda si agri aliæve res vendantur, et etiam de pecunia ratione impensarum solvenda si non vendantur. Pactum cum curatore auctionum debet omnino restringi ad ea quæ in atrio auctionario evenient; si enim ei permittatur, post venditionem in ipso atrio frustra attentatam, palam proscribere se de venditione agrorum privatim tractaturum, etiamsi agri postea a domino vendantur, non raro variis simulationibus mercedem consuetam, aut aliquam ejus partem sibi vindicabit (*a*). Ea quæ hic dicimus attinent ad venditiones in atrio auctionario faciendas, sive res venales sunt mobiles sive immobiles; et quoniam curatores auctionum semper sunt procuratores venditoris, conferri debent ea quæ supra de contractibus per procuratores initis exposuimus.

(*a*) "It is the constant habit of auctioneers, immediately after an abortive attempt to sell by auction, to advertise that the property was not sold, and may be treated for with them by private contract. Such an announcement would

536. Ea fere omnia quæ tradidimus de vendendis rebus immobilibus in atrio auctionario, dicenda sunt etiam de rebus mobilibus. Potest venditor in conditionibus venditionis exponendis declarare res vendendas esse absolute, ita ut licitantis qui summum pretium obtulerit, futuræ sint; aut potest statuere pretium infimum, quo non dato res non vendentur. Hoc pretium aliquando publice ante licitationem declaratur, et nisi majus offeratur res non amplius venalis proponitur; si vero majus pretium offeratur, res fiet ejus qui licitando summum pretium obtulerit. Aliquando, ipso pretio non declarato, tantum significatur certum pretium statutum esse, neque rem minoris venditum iri; et si licitantes hoc pretium non offerant, res non vendetur; quum vero ad hoc pervenitur, plurumque declaratur rem nunc licitanti qui summum pretium obtulerit vendendam esse. Uno aut altero ex his modis equi majoris pretii sæpe venales in foro auctionario proponuntur. Quin immo agri qui ex mandato Cancellariæ, aut tribunalis agris vendendis nuper in Hibernia constituti, venales in foro auctionario proponuntur, non vendentur si summum pretium a licitantibus oblatum non sufficiens a tribunali esse judicetur. Sed hoc omnino ad idem recidit atque venditio in qua venditori jus reservatur unam licitationem faciendi. Si vero venditor offerat bona sua mobilia sive immobilia absolute ita ut licitanti qui summum pretium obtulerit, tradi debeant, et clam alios licitatueros immittat ad pretium augendum, emptor hoc probato contractum rescindere poterit, et venditor nobis reus injuriæ esse videtur; quia quoniam, ut diximus, pretium per ipsos licitantes determinandum

bind the seller if it could be brought to his knowledge; and if he afterwards were to sell his property, without the intervention of the auctioneer, he would find it difficult to avoid either payment to him of the commission or litigation with him. It was only the other day that, after an unsuccessful attempt to sell an estate by auction, the owner sold it by private contract for £10,000, and paid commission to the agent who completed the contract. The auctioneer then recovered from him in an action half commission, viz., $2\frac{1}{2}$ per cent. on the first £5000, and one per cent. on the remaining £5000, on the ground that, after the auction, he had, upon the application at his office of the person who ultimately purchased the estate, furnished him with the particulars of the estate and a card to view it. . . Some auctioneers stipulate for full commission if the property is sold before, at, or within six months after the time of the auction, so that by a general order you would be bound for six months after the sale, although the auctioneer had nothing to do with the sale. And if there is an actual sale, although you rescind the contract, you would probably be liable to the auctioneer's commission. If your agreement should not extend to any sale after the auction, yet if the auctioneer should still be employed, he would be entitled, even on a sale by yourself, to a reasonable remuneration for his services, and a jury might give him the usual commission."—Handy Book, pp. 28, 29.

est, ii, qui bona fide licitantur, jus habent ut pretium hoc modo clandestino ne augeatur. Neque excusatur is qui clam immittit licitatu-ros ad augendum pretium eo prætextu quod pauci conven-
runt an emendum, quia potest ad arbitrium aut auctionem in alium diem differre, aut res suas hoc modo non vendere, aut in conditioni-
bus venditionis exponendis declarare pretium certum statutum esse neque minoris res venditum iri. Si vero declaret res futu-
ras esse ejus qui licitando summum pretium obtulerit, et pretium augeatur per quosdam qui fecte licitantur, tum lex municip. tum justitia naturalis violatur. Caius quosdam equos venales expo-
suit in atrio auctionario, ea conditione ut illius futuri essent qui licitando summum pretium obtulerit. Hoc non obstante Caius misit agasonem suum ad atrium auctionarium, qui fecte licitando pretium auxit. Hoc probato quum actio uni ex emptoribus in-
tenta esset ad pretium exigendum, declaratum est venditionem ob fraudem irritam esse.

537. Ex parte licitantium injustitia fit tum venditoribus tum aliis licitantibus, quum vi aut dolo, aut aliis modis injustis alios a licitando impediunt; et damna quæ inde eveniunt tum vendi-
toribus tum licitantibus reparare tenentur. Ex jure nostro duo homines pactum inire possunt, ne alter contra alterum licitetur; sed si pactum inter plures ineatur, fraudulentum est, et contrac-
tus a venditore rescindi potest, et hæc præscripta in foro con-
scientiæ, obligant; et ii qui hoc modo efficiunt ut pretium minu-
atur ad restitutionem faciendam tenentur, ob similem rationem atqui alii qui fecte licitando efficiunt ut pretium clandestino augeatur. Si vero neque pactum ineat neque mediis injustis utatur emptor, sed tantum roget alios (precibus tamen non importunis, quia his a licitando æque efficaciter quis arceri potest ac si vis adhibeatur) ne licitentur, ut ipse rem pretio infimo obtineat, theologi communissime affirmant, ait S. Alph. (a) eum injustitiæ reum non esse, "quia emptor licite hoc casu utitur sua diligentia ut sibi consulat." Quoniam pretium ab ipsis licitantibus determinatur, singulis etiam licitationibus, ita ut ex-
emplaria v. g. ejusdem libri intra horam non raro pretio duple majore aut minore vendantur, difficile est statuere pretium sum-
mum et infimum rerum quæ auctione venduntur; igitur nobis videtur potius dicendum esse emptori licere alios rogare ut ne licitentur, ut ipse rem comparet *pretio viliori*, quam si ii licita-
rentur. Hoc autem justum et licitum esse dicendum videtur ubi plures sunt licitantes, et emptor tantummodo rogat quosdam

(a) De 7º. præcep. n. 808.

amicos ne licitentur; quia dici non potest eum hoc faciendo ullum jus venditoris violare, et præterea hic modus agendi ab hominibus piis et probis injustus non censetur. Si vero pauci tantum ad auctionem convenerint, et venditor omnes vel fere omnes inducat ut ne licitentur, unde is res venales pretio vili obtinebit, videtur existere inter ipsum et alios licitantes pactum tacitum de non licitando, et ideo de hoc casu judicandum est secundum ea quæ supra statuimus. Si enim conveniat inter licitantes ut unus contra alium ne licitetur, aut ut pro rebus venalibus ultra pretium certum ne quid offerant, quanquam theologi (a) solum jus naturale spectantes, non conveniunt utrum tale pactum sit injustum necne; attamen tum ex ratione tum ex præscriptis juris nostri, nobis omnino injustum esse videtur; quia pretium ab ipsis licitantibus determinatur, et est quasi contractus aleatorius inter venditorem et emptores. Sed manifestum est hunc contractum justum non esse, si ex aliqua clandestina conventionione spes lucri et damni inæqualis reddatur. Hoc autem fit quando inter licitantes convenit ut aut ne quid omnino, aut ne quid supra certum pretium offerant. Deinde quoniam pretium ab ipsis licitantibus libere constituitur, pacto inito quo licitantes se obligant ut unus contra alium, aut supra certum pretium ne licitetur, ipsum fundamentum quo nititur justitia hujus pretii prorsus destruitur.

Hic autem supponitur venditores velle justum pretium pro mercibus obtinere. Non raro vero accidit ut aut ex testamento aut alia ratione, res quasdam secundum juris præscriptum auctione vendere necesse sit, quarum pretium eis ipsis solvendum esset, qui eas possidere cupiunt. Manifestum est, pactum inter licitantes initum, ut contra eos quibus pretium solvendum foret ne licitentur, non esse injustum; tantum enim minuitur vectigal [*duty*] ex rebus venditis solvendum, et ob hanc rationem homines pii et probi nullis scrupulis anguntur. Præterea conventiones de non licitando vix unquam apud nos ineuntur, et multo minus pacta ex quibus summa pecuniæ solvitur quibusdam personis ut a licitando abstineant. In hoc ultimo casu damnum in venditorem infertur, de eo qui pecuniam accepit vide supra n. 307, ipse vero emptor damna quæ passus est venditor reparare obligatur.

538. Ex parte curatoris auctionum læditur justitia, si auctionem instituat eo tempore quo scit paucos futuros esse emptores ut amicis faveat. Sed hoc apud nos satis raro accidit. Sed alio modo lædere potest justitiam ictum malleoli citius reddendo ut amico faveat. Si in hoc casu probabiliter putet alios esse lici-

(a) Cf. id. ibid., Lugo disp. 26, n. 45, &c.

tantes qui majus pretium offerrent, tenetur pro ratione dubii compensationem venditori facere. Insuper sæpe dantur mandata curatori auctionum ab absentibus emptoribus, v. g. ut certos libros pretio designato emat. Nolunt tantum emptores librum pluris emere; et non licet curatori auctionum hoc totum pretium offerre, si minoris librum emere possit. Ei non permittitur ex nostro jure emere proprietatem quam ipse vendat (a.)

Plerumque in conditionibus venditionis declaratur, ex errore aut mendo [*misstatement*] in rebus venalibus describendis earumque proprietatibus enumerandis venditionem non futuram esse irritam, sed tantum fore causam compensationis faciendæ. Attamen si mendum sit voluntarium et fraudulentum inductum, contractus rescindi poterit ad arbitrium emptoris (b). Et hoc verum est, etiamsi error est involuntarius, dummodo causam det contractui, aut si talis est ut quantitas compensationis computari nequeat. Quum vero error est involuntarius et non magni momenti, contractus ratus est, et compensatio justa tantum exigi potest. Sic quum vendita locatione agrorum, quæ declarata est in octo annos integros perduratura, postea inventum esset nonnisi septem annos et septem menses a tempore contractus initi restare, contractus, pretio locationis pro rata imminuto, firmus declaratus est (c).

539. Quum venduntur agri in atrio auctionario, si venditor conditiones venditionis violet, v. g. omitendo titulum bonum circa agros venditos præstare, aut recusando factum abalienationis exsequi, emptor actionem curatori auctionum ad pecuniam depositam exigendam intendere potest, non vero ad compensationem ob impensas, ob fenus pecuniæ solutæ, &c. obtinendam; nisi agros sine sufficienti auctoritate vendiderit, quo casu hæc omnia ab eo eodem modo atque ex venditore, exigi possunt. Ex venditore vero hæc

(a) "There are certain rules of equity which restrict persons who stand in a fiduciary relation to the vendor from making valid agreements for the purchase of property, with which they are connected by reason of that relationship. The class of persons thus affected comprise agents; arbitrators; attorneys; assignees of bankrupts; auctioneers; commissioners; creditors who have been consulted as to the mode of selling a bankrupt's estate; or other persons who have been confidentially consulted or employed in the management of his affairs; commissioners of enclosure, before the expiration of five years from the time of making their award; trustees except where merely nominal; and mortgagees in trust for sale." — Chitty, p. 275.

(b) Caius bought an estate at an auction, which was described as *about one mile from Horsham, a borough town*. It afterwards appeared that it was *between three and four miles* from Horsham. The purchaser brought an action to recover the deposit, and the jury having found that the misdescription was **WILFULLY** introduced to make the land appear more valuable, the purchaser had a verdict.—Cf. *ibid.*, p. 276.

(c) Cf. tract. de just. in præm. n. 48.

omnia simul cum deposito, et si fraus intercesserit, etiam aliquid propter pactionem non perfectam, repeti possunt. Hic autem supponitur venditorem recepisse se bonum titulum emptori præstaturum, et etiamsi hoc fecerit, emptor nihil aliud præter depositum obtinere potest, nisi contractus secundum præscripta Stat. contra Fraudes, confectus sit. Quod attinet vero ad venditionem bonorum quorum pretium 10 libras exsuperat, quanquam legi satis fiet si emptor rem post ictum malleoli tanquam *suam* accipiet, mera tamen acceptio sine jure rem auferendi non sufficiet. Itaque si jus non habeat rem auferendi nisi pretio soluto, acceptio non sufficiet ad legem implendam; quia venditor adhuc rei possessionem in modum cautionis pro pretio retinet. Et quum quis varias res, quarum aliquæ pretio 10 librarum emuntur, eadem auctione emit, diversis licitationibus, acceptio unius rei [*one lot*] non sufficit ad stat. implendum, quantum ad alias res diversis temporibus emptas; et ex eodem principio, quum agri non simul sed in diversis partibus venduntur, et ab eodem licitante emuntur, titulus non respicitur ut unus, sed in singulis partibus per se et separatim spectatur, et ideo fieri potest ut ratus et firmus sit in una parte, irritus autem in alia.

Quum venditio irrita facta est ex negligentia aut ex imperitia curatoris auctionum, nullam compensationem propter operam suam et laborem ab emptore exigere ei licet. Neque tum debet pretium rerum immobilium, secluso pacto, ei solvi, sed tantum pecunia deponenda; et si pretium ei solvatur isque id venditori non reddat, iterum ex emptore exigere potest. Quum vero venduntur res mobiles, ex usu communi curator auctionum pretium accipit, et ideo etsi pecuniam acceptam venditori non tradat, emptores iterum solvere cogi nequeunt, sed ipse venditor, nisi curator prædem dederit, damnum subire tenetur.

Punctum Secundum.

An Procuratores, famuli, &c., qui res vendunt pluris, aut emunt minoris quam pretio designato, quicquid pretii superest retinere possint?

540. Certum est hoc sine injustitia fieri non posse a proxenetis [*brokers*] et ab aliis qui certam mercedem accipiunt pro partibus vendendis aut emendis in censibus publicis, aut in societatibus argentariis, aut quæ ad vias ferreas instituendas et administrandas, aut ad merces transportandas, &c., ineuntur; quia tum pretium harum partium tempore venditionis et emptionis, tum merces solvenda procuratori fixa et determinata est. Itaque si is partes pro suo

auctore emiat die quo minoris venduntur, et simulet se eas emisse quum pretium augetur, ut excessum retineat, reus erit injustitiæ et ad restitutionem tenebitur. Et idem etiam de aliis omnibus qui nomine aliorum merces vendunt aut emunt statuendum est, nisi alium habent titulum justum quo aliquid sibi retinere possint; quia pretium ab auctore non præfinitur ut procuratorem eximat ex cura negotium quam utilissime gerendi, sed ut statuatur summum pretium quo emat, et infimum quo vendat. Hoc ex eo patet, quod auctor, si postea comperiret procuratorem plus quam reddidisset accepisse, aut minus quam ipse ei dedisset solvisse, eum injustitiæ statim damnaret.

541. Tituli autem ab ipsa venditione vel emptione diversi, quibus procuratori licet aliquid supra pretium accipere, sunt 1. si inter eum et auctorem expresse vel tacite convenerit, ut ne quid supra pretium designatum exigat. Hoc facile intelligitur quum conventio expressa de hac re initur, sed non ita facile cognoscitur quando talis conventio tacite existere censenda sit. Hanc conventionem tunc intervenire quidam auctores “asserunt, si dominus pro tuo labore nullum assignet stipendium” (a). Sed hoc non admittit Lugo in casu allato, nisi ubi procurator dubitat utrum dominus rei voluerit excessum pretii ei concedere necne. Insuper expresse docet “amicum qui gratis id officii præstandum suscepit, debere totum pretium justum, quod invenit, reddere domino; cum enim vendiderit non suo, sed alterius nomine, non potuit pretium, vel ejus partem sibi acquirere, sed totum acquirit ei cujus nomine contractum celebret” (b). Sed in hoc etiam casu, Roneaglia, et alii “dicunt,” ait S. Alph., “posse tibi retinere pretium tui laboris, si non habueris animum donandi; sic enim fuisti quidem mendax, sed non fuisti injustus, cum tuus labor jam pretio dignus erat. Et hoc probabilius mihi videtur, modo dominus prius statuisset vendere rem illam, et modo alter non fuisset, qui gratis rem pro domino venderet;” et nos addimus, modo dominus nullis aut minoribus impensis rem ne vendidisset, si hic haud fidelis amicus negotium gratis gerendum non suscepisset. Sed conventio ista implicita qua dominus se obligare censetur, ut ne quid præter pretium designatum exigat, certe hic admitti nequit, quum procurator promittit se negotium gratis gesturum, aut ad aliquod munus obeundum sponte se offert. In hoc enim casu tacite saltem promittit se negotium in gratiam sui auctoris gesturum, quod non faceret si excessum pretii sibi retineret. Sed neque contractum implicitum ad excessum pretii

(a) Cf. ap. S. Alph. n. 825. et Lugo. disp. 26. n. 150. *tertio*.

(b) Ibid. *secundo*.

retinendum admitteremus ex hoc solo quod quis negotium *sine mercede* peragendum suscepit. Non igitur admitteremus talem contractum implicitum, nisi in casu quo re tota exposita, homines pii et justii putarent eum qui excessum sic retinuerit nullius injustitiæ reum esse. Revera nisi talis mos in aliquo negotio existat, tantummodo permitteremus procuratori aliquid retinere, suo auctore in scio, ratione impensarum aut in justam compensationem proprii sui laboris aut peritiæ, aut nisi lucrum sit parvum habita ratione rei venditæ et facultatum domini, ita ut merito præsumi possit dominum consentire ut procurator, præsertim si sit pauper, illud sibi retineat.

542. Dicunt 2. licere mandatariõ aliquid sibi retinere, si ad rem vendendam majore pretio, aut ad emendam minore, diligentiam adhibuerit extraordinariam, ad quam non tenetur is qui negotium alienum gratis peragendum suscipit, “ut si jussus vendere in uno loco, in quo pretium taxatum a domino non invenit, transtulit in alium valde distantem, ubi multo majus pretium invenit” (a). Docet tamen post Lugonem S. Alph. (b) mandatario tunc non licere totum excessum retinere, sed tantum justam mercedem sui laboris; quia negotium non proprium sed alienum gerit. Et hoc nobis dicendum videtur, nisi intervenerit inter mandantem et mandatarium emptio virtualis; quia si mandatarius rem periculo domini retineat, ita ut si periret vel deterior fieret, vel pretio minore vendi deberet, hæc damna pati deberet dominus, justitia exigit ut si res majore pretio vendatur, totum pretium, deductis expensis et justa mercede laboris, domino reddatur.

Idem docent auctores de emptore, cui alter commiserit aliquid tanti emere, et is quum rem emere non possit, pretio statuto, transit in locum distantem ubi rem viliore pretio emit. Et hoc nos admittimus, propter rationes allatas, id est, mandatarium tantum ex pretio imminuto retinere posse, quantum sufficit ad suas impensas compensandas, et ad justam mercedem laboris solvendam; sed non admittimus eum quicquid lucri fecerit, id totum sibi retinere posse. Namque pretium manet periculo domini, et si res pluris empta esset, mandans damnum sustinere debet.

540. Dicunt 3. mandatario, si adhibita debita diligentia, pretium majus eo quod designatum sit obtinere nequeat, licere rem sibi emere, et si postea in alio loco vel tempore majus obtinuerit, excessum retinere posse. Hoc admittimus si rem bona fide emat, pretiumque domino solvat, ita ut re pereunte, aut deteriore facta, aut pretio minore postea accepto, mandatarius damnum subire debeat. Si vero mandatarius hæc aut bona fide subire non vult, aut non potest, manifestum est emptionem fictam

(a) Lugo. loc. cit.

(b) Loc. cit.

esse, et nihil hoc titulo posse retineri. Idem dicendum est de eo qui gratis suscipit ut rem aliquam, pretio statuto, v. g. certam quantitatem frumenti, pro alio emat. Is enim, si adhibita diligentia ordinaria, rem illam in loco et tempore designato minoris emere non potuerit quam statuto pretio, et adhibita diligentia extraordinaria, ut rem alio loco et tempore minoris emat, potest illam pro se emere, atque pretio statuto domino vendere, et excessum sibi retinere. Sed ut hoc liceat, opus est ut is pecuniam mandantis a tempore quo rem loco et pretio statuto emere omiserit, proprio suo periculo retineat; ut res empta ejusdem sit bonitatis atque ea quam in loco designato emere potuerit; ut si rem ejusdem bonitatis, nisi pretio majore comparare nequeat, excessum istum solvat; et ut res, si pereat antequam mandanti aut nuntio ab eo designato tradatur, mandatario pereat; quia sane in hoc casu mandans ejus periculum suscepisse non censeretur, donec aut ipsi aut ejus nuntio traderetur.

544. Quod attinet ad famulos qui, mercede constituta, emunt et vendunt nomine dominorum pretio designato, certum est, ait S. Alph. (a), eos nihil posse retinere, quia hi negotia eorum a quo conducuntur optimo quo possunt modo peragere tenentur. Moneant etiam Salmantuenses (b) “non posse sartores, quibus merx committitur emenda ad conficiendam vestem, sibi retinere aliquid, quod vilius emerunt; sub prætextu, quod possent carius emere ab aliis mercatoribus: ipsis namque incumbit moralem diligentiam adhibere, ut vilius emant, nec possunt tale pretium retinere prætextu lucri cessantis, quod amittunt ab opere cessando, quod interim facere poterant, dum in hac emptione occupantur; quia hanc diligentiam ipsi gratis offerunt exhibendam, ut vestis conficienda committatur ipsis potius quam aliis. At si facta diligentia, non inveniant sartores mercatorem qui minoris quam 40 panni ulnam concedat, et mercator amicus 8 aut 10 a pretio diminuatur, ut ipsi sibi retineant, in gratiam quod ad ipsum accesserunt empturi, et ut postmodum semper accedant, male faciunt ea retinendo, infideliter suum munus obeundo: illa tamen sine injustitia retinere poterant, utpote a mercatore donata.” Sed certum esse debet, ut supra monuimus de donis quæ famulis et sartoribus dantur, pretium revera a mercatore imminui, et pecuniam a sartore retentam non esse clam et injuste emptori subtractam.

Hi quidem qui mercaturam magnam et copiosam faciunt [*wholesale merchants*] minore pretio merces præstant negotiatoribus qui eas minutim divendunt, quam eis qui tantum in proprios suos usus emunt, ut illi ex tenui mercatura comparent unde vivere possint.

(a) Loc. cit.

(b) De cont. c. 2. n. 76.

Itaque si ii qui tenuem mercaturam faciunt rem tanti emant, quanti solis negotiatoribus, constant, sane pretium quo emptores non negotiantes solvunt, exigere possunt. Sic ii qui librum typis exscribendum curant [*publishers*] multo minoris eum bibliopolis quam aliis vendunt, qui utique pretium, quo liber aliis præter bibliopolas vendatur, exigere possunt. Et idem dicendum est de omnibus aliis negotiis in quibus idem usu venit.

Punctum Tertium.

De venditione per libellum Mancipii qui dicitur perfecta [a bill of sale].

545. *Libellus Mancipii est instrumentum a Caio venditore subscriptum, quo bona et catalla mobilia, pretio æstimatione digno abalienat Julio aut absolute, aut in modum vadii mortui, ad pecuniam debitam, aut mutuam datam, tutam præstandam. Quum venditio absoluta est, et convenit ut bona emptori tradantur pretio æstimatione digno soluto, vix ullum est discrimen inter contractum ordinarium venditionis qui scriptis conficitur, et instrumentum de quo nunc agimus. In contractu ordinario sufficit aliqua nota contractus eo modo quem supra exposuimus confecta; in libello Mancipii conficitur index [a schedule] rerum quæ venduntur, qui vel post nomen subscriptum abalienantis in ipso libello scribitur, vel continetur in alio scripto, cujus mentio in libello facienda sit. Deinde in contractu ordinario necesse non est ut notæ contractus nomen venditoris subscribatur, sed tantum nomen illius cui actio ad contractus executionem exigendam intendi potest, in libello vero Mancipii necesse est ut nomen abalienantis subscribatur. Sed quum res absolute venduntur et emuntur, quoniam pactum æque efficaciter confici potest per contractum consuetum atque per libellum Mancipii, hic modus contrahendi in isto genere venditionis, vix unquam adhibetur. Si vero venditio non sit absoluta sed conditionalis, ita ut venditori possessionem bonorum adhuc retinere permittatur, neque emptori liceat ea arripere, nisi quadam conditione ex parte venditoris non impleta, v. g. nisi pecuniam debitam vel portionem ejus [an instalment] die statuto non solverit, plerumque libellus Mancipii adhibetur (a). Ratio vero quare venditio hoc modo speciali perficiatur hæc est; quod venditor qui solvendo non est, sæpe fide bona sua abalienat creditores defraudandi causâ. Itaque jure etiam com., quum Caius bona sua et catalla mobilia vendit et*

(a) Cf. sup. n. 466 (p. 499) ubi in notis litem de contractu venditionis sic confecto, anglice commemoravimus.

etiam tradit Julio, uni ex suis creditoribus, ceteris prætermis-
 et paulo post foro cedit, quanquam dominium bonorum in Julium
 translatum est, qui titulum ratum ad bona tenenda contra omnes
 alios accipit, attamen contractus rescindi poterit et bona vindicari
 ab eo cui administratio bonorum Caii commissa erit.

546. Ex statuto vero (13 Eliz. c. 5) præscripta juris. com.
 circa hanc materiam explicantur et confirmantur. Ex eo decla-
 ratum est omnem donationem, venditionem aut abalienationem,
 bonorum, catallorum, aut lucri quod ex his percipitur, sive
 scriptis sive alio modo factam, ad creditores aut alios prohibendos
 aut impediendos ne debita eis solvantur, ne damna sarciantur, ne
 postulatis justis satisfiat, omnino irritam esse, quantum attineat
 ad hos creditores, &c., ad eorum heredes, aut ad alios qui in
 eorum jura successerint. Itaque contractus inter Caium vendi-
 torem et Julium emptorem hac lege irritus non efficitur, sed tantum
 quatenus attinet ad creditores Caii, et ad eos qui in horum jura
 succedent. Et si abalienatio facto [*by deed*] confirmetur, rata
 erit inter ipsos contrahentes, etiamsi Julius nullum pretium pro
 bonis solverit, neque eorum possessionem acceperit; et etiamsi
 facto non perficiatur, rata erit si bona tradantur, utpote donatio
 in executionem perducta.

Præterea valet abalienatio non tantum inter dominum bonorum
 quantum ad ipsum attinet, et creditorem cui abalienantur, sed
 etiam inter alterutrum ex his et quemvis alterum, qui hæc bona
 fide emit pretio æstimatione digno soluto. Sic quanquam con-
 tractus quo Caius bona sua abalienat Julio, uni ex suis creditori-
 bus, ceteris exclusis, rescindi potest ob fraudem, attamen si Julius
 hæc bona modo consueto bona fide emerit, pretio æstimatione
 digno persoluto, neque ea ad pecuniam quam sibi ipsi debuerit
 Caius tutam præstandam acceperit, contractus rescindi non pote-
 rit. Et etiam quum contractus inter Caium et Julium ob fraudem
 rescindi potest, si Sylvius bona fide, pretio æstimatione digno
 emerit a Julio res ei venditas, hic secundus contractus ratus et
 firmus erit. Et contractus quo bona venduntur emptori qui hæc
 bona fide acquirit pretio æstimatione digno, nunc ex alio stat.
 (19 et 20 Vict. c. 97, s. 1), ratus est, etiamsi mandatum a iudice
 concessum sit ad bona arripienda ante contractum initum dum-
 modo reapse arrepta ne fuerint tempore contractus initi, neque
 cognoverit emptor tempore contractus incundi mandatum ad
 manus geræfæ aut ejus procuratoris pervenisse, ut ad executionem
 perducatur, et bona arripiantur.

Hoc autem dicendum non est quatenus attinet ad ipsum Caium
 debitorem, ad cujus bona arripienda Sylvius mandatum a iudice
 obtinuerit; ex hoc enim mandato arripi possunt bona, quamdiu

Caius, aut si is mortuus est, ii qui ejus vicem gerunt dominium eorum retinent.

547. Quum Caius, qui solvendo non est, bona sua absolute abalienat Julio, et tamen possessionem retinet, hoc merito in jure indicium fraudis esse censetur; et ideo creditores exigere possunt ut probetur abalienationem bona fide, et pretio æstimatione digno dato perfectam esse. Quamquam vero ex possessione bonorum, quum manent apud eum qui bona fide ea abalienavit, gravis nascitur fraudis suspicio, attamen hac sola ratione contractus irritus non efficitur, sed ad juratos pertinet declarare num abalienatio bona fide facta sit, ita ut ei cui bona abalienata sint integrum sit ea auferre, necne; in priore casu contractus ratus est, in altero irritus. Præterea ex possessione bonorum suspicio fraudis creditoribus faciendæ non nascitur, nisi apud ipsum venditorem manent. Sic Julius quasdam res Caio commodaverat, quas emit a Julio Sylvius ut eas in modum commodati apud Caium relinqueret; sed in hoc casu declaratum est nullum indicium fraudis inde oriri quod Sylvius harum rerum possessionem nunquam accepisset. Præterea quum Caius publice bona sua Julio abalienasset, pretio æstimatione digno soluto, sine animo defraudandi creditores, et adhuc possessionem bonorum retinuisset, declaratum est hoc non parere indicium fraudis; quia abalienatio publice et manifesto facta esset (a).

548. Sed in rebus vendendis non fere adhibetur hic modus abalienandi per libellum Mancipii, nisi quum contractus in modum vadii mortui conficitur, ita ut is cui res abalienantur, jus eas arripiendi non habiturus sit, nisi is a quo abalienantur quamdam conditionem de qua pactum est non impleverit. Manifestum est nullum indicium fraudis oriri in hoc casu ex eo quod is a quo res abalienantur possessionem retineat; quia ex ipso contractu hoc fieri debet; attamen quoniam hujusmodi abalienationibus creditores facillime defraudari possunt, ut hoc ne fiat, lex multas solennitates in talibus abalienationibus conficiendis exigit. Necessesse enim est ut contractus scriptis conficiatur, et ut is qui res abalienat nomen suum subscribat coram uno saltem teste, qui quoque nomen suum ut hujus rei testis adscribere tenetur; et quamquam necessarium non est, attamen instrumentum sigillo abalienantis semper munitur. Præterea ex 17 et 18 Vict. c. 36, ad

(a) If there has been no proper valuation or appraisement of the goods prior to making the bill of sale, it may be inferred that the transfer was not meant to be real. If the purchase money or consideration for the transfer appears to be wholly inadequate, that is a badge of fraud; but a sale at a low price is not necessarily fraudulent."—Every Man's Own Lawyer, p. 153.

præcavendum ne fraudes fiant creditoribus per libellos mancipii secreto et fraudulenter confectos, statuitur: ut omnes libelli mancipii aut eorum exemplaria in tabulas tribunalis Banci regii referenda sint, intra viginti dies numerandos a die quo in modum expositum confecti fuerint. Insuper antequam libellus vel exemplar in tabulas referatur, is qui nomen (a) ut testis instrumento adscripserit, jurejurando affirmare tenetur ea quæ continentur in exemplo juramenti quale in notis exscriptum est. Ex isto exemplo ea facile cognoscuntur quæ in ipso instrumento conficiendo servare necesse est. Si quid ex his omittatur, abalienatio irrita erit, quantum attinebit ad eos quibus administratio bonorum abalienantis qui postea foro cesserit commissa erit, aut ad alios quibus bona illius qui solvendo non est, in gratiam creditorum abalienantur, aut in quorum gratiam mandatum ad bona abalienata arripienda ex auctoritate tribunalis sive juris sive æquitatis acceptum fuerit; dummodo bona permanserint in possessione illius a quo abalienata sunt aut eo tempore quo foro cessit, aut postea, aut quum abalienatio in gratiam creditorum confecta est, aut quum bona ex mandato tribunalis arrepta sunt, aut post unum et viginti dies ex quo index abalienationis perfectus est. Necesse est insuper ut charta in qua libellus mancipii scribitur signo publico rite impressa ad eum proferatur a quo exemplar in tabulas curiæ referendum est, antequam is exemplar in tabulas referre possit (b).

(a) Exemplar jurisjurandi quod a teste dandum est anglice proferre juvat. In the Court of Queen's Bench.—Caius of the town of Lucan, in the county of Dublin, aged (22) years and upwards, maketh oath and saith, that the paper writing hereunto annexed marked "A," is a true copy of a bill of sale, and of every schedule and inventory thereunto annexed, and of every attestation, and of the execution thereof; and that said bill of sale was made and given on the (13th day of April, A. D 1873), and deponent saith that he Caius was present and did see Julius in the said bill mentioned, and whose name is signed thereto, sign and execute the same on the 13th &c., and that the said Julius resides at Leixlip, in the county of Kildare, and is a (farmer); and deponent further saith, that the name, address, and occupation of deponent, subscribed as the witness attesting the due execution of said bill of sale, is the proper name, address, occupation, and handwriting of this deponent, and that he, this deponent, doth reside at Lucan, in the county of Dublin, and is a haberdasher. This oath must be signed by Caius and attested by the person before whom it has been sworn, thus: Sworn before me this 20th day of April, 1873, at (name place); signed Sylvius.

(b) This officer is the person acting as clerk of the dockets in the Court of Queen's Bench. "The term Bill of Sale in this Act is not to include assignments for the benefit of the creditors of the party, marriage settlements, transfers of any vessel or any share thereof, transfers of goods in the ordinary course of business of any trade or calling, bills of sale of goods in foreign parts or at sea, bills of lading, India warrants, warehouse-keepers' certificates, warrants or orders for delivery of goods or other documents used in the ordinary

549. Venditio bonorum, accepto pretio æstimatione digno, aut abalienatio in modum vadii mortui confecta ad tutam præstandam pecuniam reapse mutuam datam, irrita non est propter fraudem ex eo solo quod vult venditor obstare ne bona a certo creditore ex mandato executionis [*writ of execution*] arripiantur. Sic quum Petrus, cui Julius, unus ex ipsius creditoribus actionem intenderat et mandatum obtinuerat, ex quo bona ejus certo die arripienda erant, sponte dedisset Paulo, alteri creditori, instrumentum ad judicium confitendum (*a*), ut aiunt, et judicio in gratiam Pauli prolato, bona pro eo arrepta essent ipso die quo Julius mandatum exsequi potuerit, declaratum est instrumentum ratum esse.

In alio casu Caius, qui pecuniam debebat pluribus creditoribus, partem sui status immobilis et mobilis Julio fiduciario abalienaverat, ea conditione ut is dimidiam partem redditus et lucri Caio in proprium ipsius commodum solveret, et alteram dimidiam partem certis creditoribus in schedula nominatis. Quum probatum esset hoc factum non esse in fraudem aliorum creditorum, declaratum est hanc abalienationem ratam esse. Sed quum Caius bona sua fiduciariis abalienasset, ea conditione ut ejus negotium gererent, et ut lucra inde percepta dividerent inter semetipsos et alios creditores qui instrumento abalienationis subscripsissent, pro rata postulatorum, declaratum est abalienationem irritam esse; quia hoc modo creari posset societas inter creditores quæ non tam in illorum quam in ipsius debitoris emolumentum cederet. Attamen abalienatio facta fiduciariis in gratiam creditorum, in qua datur facultas sive ipsum debitorem sive quempiam alium conducendi ad res ipsius ordinandas, ad pecuniam ipsi debitam, et redditus, et postulata exigenda, et ad ipsius negotium gerendum, rata est, dummodo constet mercaturam ideo tantum faciendam esse ut res debitoris melius ordinentur. Sed talis abalienatio firma et rata non est priusquam ratio fiduciarîi et fideicommissarii [*cestui que trust*] (*b*) constet inter eum qui fit fiduciarius [*the assignee of the legal estate*] et aliquos creditores; quia donec hoc fiat, factum *voluntarium* est, et ad arbitrium debitoris revocari potest; sed posita hac ratione, *pretium* dari censetur pro facto, quod propterea a debitore revocari nequit. Et quum

course of business as proof of the possession of or control of goods, or authorizing or purporting to authorize, either by indorsement or delivery, the possessor of such document to transfer or receive goods thereby represented." Steph. vol 2, p. 52, n.

(*a*) Judgment by *confession*, or on *cognovit actionem*, is where both the fact and the law arising thereon are acknowledged by the defendant.

(*b*) Cf. de just. nn. 393 et seq.

fiduciarius quidam factum [*deed*] exsequi cœpisset, assumendo possessionem bonorum quæ per illud abalienata erant, et aliqui creditores verbis in factum consensissent, declaratum est id a debitore revocari non posse. Si ipse fiduciarius inter creditores numeretur, ejus assensus non est necessarius ut factum sit irrevocabile, quia ipsius interest ut factum sit ratum, et ideo simul atque conficitur in ipsius aliorumque creditorum commodum, res abalienatæ statim in ejus dominium legale transeunt.

Quum abalienatio irrita est ex 13 Elizab. c. 5, ob fraudem, hoc non tantum attinet ad eos qui erant creditores abalienantis tempore instrumenti conficiendi, sed etiam ad creditores posteriores.

Punctum Quartum.

De juribus venditoris et emptoris bonorum, et speciatim de jure venditoris ad bona in transitu arripienda [stoppage in transitu] agitur.

550. Regula generalis est, ut contractu venditionis confecto sine ullo pacto speciali de traditione bonorum aut solutione pretii, omnibus etiam peractis ad dominium proprietatis ejusque periculum in emptorem transferendum, venditor adhuc jus habet ad bona retinenda donec pretium solutum fuerit. Proprietas quidem in hoc casu transfertur, non vero jus possessionis. Sed quamquam venditor jus habet bona detinendi, non tamen hæc detinet tanquam sua, sed tanquam bona emptoris; et tale jus bona aliena detinendi in jure nostro *a lien* appellatur. Itaque etsi emptor non statim solvat pretium, non poterit venditor bona alteri vendere, nisi hoc inter contrahentes specialiter pactum fuerit; sed tenetur emptorem monere ut pretium solvat, et bona auferat, quæ si is non fecerit intra tempus rationabile, ille bona alteri vendere poterit, et actionem emptori intendere ad compensationem damni obtinendam. Etiam si venditor emptori permiserit partem bonorum auferre, pretio non soluto, non ideo prohibetur reliqua detinere, donec totum pretium solutum erit, nisi in aliquo casu speciali inferri possit, venditorem partem bonorum tradendo jus suum ad reliqua detinenda abjicere voluisse. Quum vero bona venduntur pecunia non præsentī, emptor jus habet non tantum ad proprietatem sed etiam ad possessionem bonorum; attamen jus ejus non est absolutum donec possessionem obtineat, et ideo si foro cedat aut si solvendo non sit, antequam tradantur, venditor ea detinere poterit. Si autem venditor pretium per syngrapham aut chiographum solvendam accipiat, jus ad bona detinenda amittit; neque hoc jus reviviscet, etiam si pecunia ex instrumento debita tempore statuto soluta non fuerit, dummodo eo tempore sit in manibus alicujus

tertiū; sed reviviscet, si tunc sit in manibus venditoris. Quum Caius qui cellam mercibus asservandis habet, merces vendiderit Petro, qui foro cesserit priusquam merces a cella amotæ erunt, sed huic antequam foro cesserit Caius dederit instrumentum ex quo merces ei tradendæ sint, Caius non ideo privabitur jure merces detinendi. Si vero Petrus merces adhuc in cella Caii manentes vendat Paulo, et Caius consentiat eas pro Paulo retinere, jus detinendi amittet. Et idem dicendum est si merces non essent in cella Caii sed Sylvii, qui instrumento ad merces Petro tradendas accepto, eas nomine Petri in codicem referret, aut aliquo alio modo eas nomine Petri, et ut ejus procurator in hoc negotio, tenere consensisset, Caius jure detinendi privaretur. Si Caius mercedem pro mercibus in sua cella servandis a Petro acciperet, hoc non privaret eum jure eas detinendi; si vero mercedem a Paulo acciperet, jus illud amitteret. Similiter jus amitteret, si apud tribunal a quo bona eorum qui foro cesserint administrantur, suum postulatū ad pretium bonorum accipiendum probaret.

551. Venditori merces detinere licet ob pretium non solutum non tantum dum eas possidet, sed si emptor foro cedat, aut solvendo non sit, eas etiam *in transitu* arripere poterit, et detinere donec pretium solutum erit. Merces vero *in transitu* esse censentur quamdiu manent apud hominem aut locum intermedium, id est, per illud temporis spatium quod interest ex quo venditor eas apud se detinet donec ad emptorem pervenerint. Itaque in transitu sunt quamdiu eas possidet vector [*carrier*], sive hic a venditore sive ab emptore ad eas vehendas conductus est, et dum apud cellam aliquam in transitu deponuntur, aut donec aliquid fiat quod ex pacto faciendum sit antequam emptor jus possessionis acquirat. Sic quum vector merces transportasset ad navale [*wharf*] emptoris, ad quod ex contractu transportandæ erant, et ipse vector jus suum eas detinendi donec vectura solveretur asserere voluisset; attamen quia ex pacto vectura solvi debebat, et merces ponderari antequam emptor jus possessionis haberet, et is postquam navis ex parte exonerata est, sed mercibus nondum ponderatis foro cesserat, declaratum est integrum esse venditori merces arripere. Et etiamsi nullum pactum speciale, v. g. de mercibus ponderandis, in contractu esset, ad venditorem jure eas arripiendi privandum non sufficeret ut apportatæ essent ad navale emptoris quo ex contractu apportandæ essent,* et ut emptor libellum mercium [*the invoice*] (a) accepisset, quamdiu in nave permane-

(a) An invoice is a list or account of goods sent by a merchant to his factor or consignee, containing the marks of each description of goods, the value, charges, and other particulars.

rent, et emptor earum possessionem re vera non assumpsisset. Itaque quanquam merces apportatæ sunt ad locum designatum, et navis exonerata est, attamen si ipsi emptori aut ejus procuratori non tradantur, sed in cella illius qui curam navalis gerit, aut vectoris maneant, adhuc a venditore arripi possunt, si emptor solvendo non sit, aut si foro cesserit. Loquimur de vectoribus, &c., qui propria sua negotia gerunt; quia si procuratores emptoris constituti essent, traditio eis facta idem valeret atqui si merces ipsi emptori traditæ essent. Immo si navis esset ipsius emptoris, sed merces ex libello mercium vehendarum [*the bill of lading*] (a), tradi deberent ad mandatum venditoris, adhuc ab hoc arripi possunt. Et idem dicendum est, etiamsi ex libello mercium vehendarum hæ tradi debebunt ad mandatum emptoris, quum pretium pecunia numerata solvendum erit adversus hunc libellum quem procurator venditoris tenebit.

552. His autem casibus exceptis, si merces in navem emptoris imponantur, sive onus ex eis solis, sive ex eis et ex mercibus etiam aliorum constet, portandæ ex libello mercium vehendarum in commodum emptoris ejusque periculo; aut si in ejus cellam traditæ sint, aut si ipse cellam non habet, si in alterius cellam qua ipse utitur ad merces suas conservandas deponantur, aut si in alium locum portentur ubi servandæ sint donec ipse eas alio deferri jusserit; aut si ab eis qui ejus vicem gerunt occupentur, jus venditoris eas arripiendi deperditur. Et quum jus semel deperditum sit, non reviviscet ex ulla subsequente mercium translatione. Quum merces omnes eodem contractu venduntur, et emptor possessionem partis earum assumit, consentiente venditore, ea intentione ut dominium et possessionem omnium accipiat, venditor jus suum eas arripiendi amittit. Et idem dicendum est, quum merces quæ tempore venditionis apud aliquem tertium exsistunt, emptoris nomine aut signo, venditore consentiente, notantur; aut quum mercibus portatis ad locum de quo pactum est, emptor ob proprium commodum rogat vectorem ut eas servet in sua cella donec ipse eas postulaverit. Neque huic obstat quod vectori licet merces detinere donec vectura sibi solvatur; quia in hoc casu emptoris procurator, quantum ad possessionem bonorum accipiendam, constituitur. Quanquam vero in transitu censentur esse usque eo merces, donec ad locum designatum pervenerint, etiamsi a procuratore generali emptoris in aliquo loco intermedio accipiantur, eo fine ut eas ad locum designatum perferendas curet, attamen si ipse emptor in loco intermedio earum possessionem sive vectore consentiente sive reluctantante, assumpserit, aut si ali-

(a) Cf. infra ubi de vectoribus agemus.

quid aliud fecerit ex quo censetur ex judicio mercatorum, earum possessionem reapse, assumpsisse, jus venditoris eas arripiendi deperditur. Sed disputatur utrum si emptor signo suo merces notaverit, aut si quid aliud hujusmodi fecerit ea mente ut earum possessionem assumat, hoc sufficiat ad jus venditoris auferendum, nisi ex circumstantiis appareat vectorem consensisse merces tanquam emptoris procuratorem custodire.

553. Quanquam libellus mercium vehendarum sit in manibus Caii ad quem ex contractu merces transmittendæ sunt [*the original consignee*], hoc Julii venditoris juri non obstat; sed si Caius jure libellum transferendi potiat, eumque bona fide et accepto pretio æstimatione digno in Sylvium transferat, jus Julii deperditur. Sed jus Julii non deperditur ex eo quod Caius libellum mercium vehendarum in pignus dederit, aut merces vendiderit, aut pretium per syngrapham solvendum acceperit, aut nomen suum ex transverso super syngrapham a venditore confectam scripserit [*has accepted a bill*] ex qua pretium mercium solvendum est; quo casu Julius etiam syngrapha retenta, merces in transitu arripere potest. Neque jus Julii aufertur etiamsi mandatum ad merces arripiendas a tribunali exteræ gentis editum sit; neque quum procurator habet libellum mercium vehendarum a tergo nomine emptoris ita inscriptum, ut de mercibus ad mandatum procuratoris disponendum sit, etiamsi ex aliis rationibus hic plura emptoris debita solvendi obnoxius sit. Atque ne ab ipso quidem venditore traditus libellus eum jure bona arripiendi privabit, si in ipso libello venditori reservetur proprietas mercium donec pretium solvatur.

Præterea si venditor non tradat emptori libellum mercium vehendarum, sed tantummodo det ei indicem vel notam mercium in navem imponendarum, aut mandatum ex quo ei tradendæ sint [*a shipping note, or a delivery order*], non potest emptor, hanc notam aut mandatum alteri tradendo, ne pretio quidem æstimatione digno accepto, jus venditoris auferre.

Ad jus merces in transitu arripiendi exercendum, necesse non est ut venditor possessionem bonorum reapse obtineat; sufficit enim eum postulatum suum indicasse vectori, aut alteri qui custodiam mercium vehendarum habet; et si hoc indicio accepto vector eas emptori tradat, traditio omnino irrita est, ita ut ii qui vicem gerant emptoris qui solvendo non est, merces venditori tradere ex jure cogantur.

Hæc omnia præscripta rectæ rationi et æquitati naturali conformia sunt.

DISPUTATIO DUODECIMA.

DE CONTRACTU QUI ANGLICE BAILMENT APPELLATUR; DE
CONTRACTU SOCIETATIS, ET DE CONTRACTU TRINO AGITUR.

§ 1^a. De contractu qui anglice bailment (a) dicitur.

554. CONTRACTUS qui *bailment* dicitur is est quo certa res a domino in alterius possessionem in aliquem usum traditur, sub contractu explicito aut implicito ut usu finito iterum domino reddenda sit, aut ut secundum illius mandatum ea utendum sit. Sic si pannus tradatur [*be bailed*] sartori ad vestes conficiendas, is tenebitur ex contractu implicito vestes ex eo confectas reddere ei qui pannum dat, qui ex sua parte pretium operis solvere tenebitur. Pecunia aut mercibus vectori traditis ut Dublinium aut Londinium portentur, is ex contractu tenetur eas ad locum designatum portare. Caupo, quum equus aut bona ei ejusve famulis servanda traduntur, hæc tuto custodire tenetur, et hospiti tradere quando ea postulabit. Idem dicendum est de rebus pigneratori aut conductori aut depositario traditis, ut ex supra dictis constat. Secundum plures jurisperitos (b), quinque sunt species hujus contractus: 1. Depositum: 2. Mandatum: 3. Commodatum: 4. Pignori Acceptum: et 5. Locatum. Supra nn. 396 et seq. quatuor priores species exposuimus, ubi de contractibus gratuitis egimus; atque ideo ultima tantum species hic exponenda est. Sed hæc ultima species tres continet contractus inter se valde dissimiles, ut merito notat Stephen (c): 1°. *Locationem operis faciendi*; qui est contractus quo bona alicui traduntur ut in ea laborem, operam vel curam impendat: 2°. *Locationem rei*; et hic est contractus quo usus rei in tempus alteri mercede statuta conceditur: 3°. *Locationem mercium vehendarum*; et hic est

(a) Derivatur a verbo Gallico *bailier* tradere.

(b) Ita Chitty, p. 433, post Sir W. Jones on Bailments, 36. Cf. etiam Steph. vol. 2, p. 80.

(c) Loc. cit.

contractus quo quis mercede recipit se res alterius ad locum aliquem constitutum portaturum.

555. Supra (a) diximus contractum iniri posse aut in gratiam solius dantis, ut depositum; aut in gratiam solius accipientis, ut commodatum; aut in gratiam utriusque, ut locatum. In 1°. casu, si res pereat aut si quid detrimenti capiat, depositarius non tenetur ad restitutionem nisi ex negligentia crassa seu extraordinaria; in 2°. casu commodatarius tenetur, etiam ex negligentia levi; in 3°. casu tenetur conductor ex negligentia gravi, seu ex omissione diligentiae ordinariae in re conservanda. In omnibus vero casibus si is qui bona ex contractu qui *bailment* dicitur possidet [*the bailee*], fraudis reus sit, damna inde provenientia reparare tenetur, etiamsi expresse pactum sit ut damna reparare ne teneatur; et si expresse se obligaverit ad diligentiam inusitatum adhibendam, hoc pactum plerumque ratum erit. Et quanquam, si bona vi aperta possessori ablata sint, in jure supponitur hoc sine ejus culpa evenisse; attamen si furtim surrepta sint, hac re *prima facie* probari censetur cum negligentem fuisse, et ideo ipsi incumbit necessitas probandi se debitam diligentiam in bonis custodiendis adhibuisse. Insuper in omnibus contractibus qui nomine communi *bailment* appellantur, observandum est eum cui res aliena ad tempus traditur, *proprietaem qualificatam* in ea acquirere, ut in tractatu de justitia nn. 143 et 150 exposuimus. Ibi diximus quoque eos quibus bona aliena ad tempus traduntur, jus habere ea etiam invito domino detinendi in certis casibus, quod in jure nostro *lien* appellatur. Definiri potest: Jus quod competit justo et legali possessori bonorum detinendi ea donec postulato quod habet contra eorum dominum satis fiat. Regula juris nostri est: ut liceat omni homini cui res aliena traditur, ut in eam laborem impendat, eam detinere donec mercedem laboris acceperit, nisi pacto expresse aut consuetudine speciali alicujus loci aut negotii aliter statutum sit. Sic sartor cui pannus traditus est ad vestimenta conficienda, ea domino reddere non tenetur, donec mercedem laboris acceperit. Hoc jus *speciale* [*a special lien*] appellatur. Præter hoc autem est jus *generale* [*a general lien*] quo possessori rei alienæ licet eam detinere donec acceperit tantum pecuniæ quantum necesse est ad rationes adæquandas in isto ipso negotio in quo debitum contractum est. Sed hoc jus generale est contra regulam communem juris, et ideo non admittitur nisi ex pacto expresse, aut ex modo consueto quo partes inter se rem gerebant, aut ex consuetudine alicujus negotii statuatur. Ex consuetudine negotii, argentarii, procuratores litium, cellarum custodes [*ware-*

(a) N. 397, p. 409 in nota,]

housemen], vectores mercium, et alii, hoc jure potiuntur. Et ex 6 Geo. IV. c. 94, mercatores, proxenetæ, vel alii quibus merces transvectæ tradendæ sunt [*the consignees*], jure eas detinendi potiuntur propter pecuniam in antecessum datam in commodum eorum quorum nominibus merces in navem impositæ sunt, sive hi veri sunt domini mercium sive non sunt, dummodo tum quum pecunia in antecessum dedissent, illis significatum ne sit, eos quorum nominibus merces in navem impositæ sunt, veros non esse dominos.

Punctum Primum.

De locatione operis faciendi, ubi de obligationibus cauponum, et eorum qui cellam ad merces alienas asservandas habent [ware-housemen], agitur.

556. Is cui bona aliena traduntur ut circa hæc aliquid ob mercedem faciat, non tantum opus perficere tenetur, sed etiam ex contractu implicito *ordinariam* diligentiam in eis conservandis adhibere. Caius chronometrum tradidit Julio hujusmodi rerum artificii, ut id reficeret. Is famulo suo dormire permisit in officina ubi erat chronometrum, sua autem horologia in loco tutiore reposuit. Quum famulus chronometrum furatus esset, Julius damnum reparare coactus est; quia non eandem diligentiam in eo conservando, quam in propriis rebus tutandis, adhibuisset. Quanquam is qui bona aliena possidet titulo locationis operis faciendi, non tenetur damna reparare, quæ ex casu fortuito, ut ex incendio aut alio casu provenerunt; attamen necesse est ut probet damnum ex omissione debitæ diligentiae ex sua parte non evenisse. Sic is cui pecora pascenda traduntur mercede pacta, tenetur hæc cum debita diligentia custodire; et ideo si is ipse ejusve famulus cui hoc negotium permiserit, portam quandam agri ubi sunt pecora non claudat, unde vagantia surripiuntur, damnum reparare cogitur. Si vero portam bene clauserit, etsi pecora furto abacta erunt ex agris, ad nihil tenebitur. Iterum Caius procurator litium, quum venditis agris Julii, et pretio accepto, pecuniam fide publica collocare debuisset, sed interim eam deposuisset apud suum argentarium qui paulo post foro cessit, coactus est pecuniam Julio solvere, quamquam bona fide egerat, et ipse eodem tempore magnam pecuniam apud eundem argentarium depositam habebat.

557. Ut caupones teneantur damna quæ hospitibus apud eos eveniunt reparare, quinque conditiones requiruntur: 1. ut diversorium sit *commune*; id est, ut sit domus ubi cibus pacta mercede omnibus præbeatur, et cubilia hospitibus parentur. Sed taberna

ubi cubilia non præbentur, non est diversorium commune, neque tale in jure dicitur, si in eo cibus non præbetur nisi eis qui in domo commorantur. Ex jure caupo qui habet diversorium publicum tenetur cibum et cubilia omnibus petentibus præbere, nisi ob numerum hospitum aut ex alia causa rationabili hæc facere nequeat. Ita autem minime obligatur is qui habet hospitium tantum privatum; et secluso pacto expresso videtur hunc non censi *implicite* recipere se diligentiam, ne ordinariam quidem, in sarcinis hospitum asservandis adhibiturum. 2. Requiritur ut hospes sit *viator*; sed si famulus qui transvehit bona domini sui in hospitio moratur, et si bona ibi ex culpa cauponis amittuntur, dominus compensationem a caupone exigere potest. 3. Requiritur ut bona aut sint in diversorio, aut sub tutela cauponis *qua talis*, eo tempore quo surripiuntur. 4. Requiritur ut sit culpa *juridica* (a), id est culpa quæ ex interpretatione juris adesse censetur, ex parte cauponis. Hæc autem culpa, quod attinet ad caupones, ex jure semper existit, nisi bona aut deperdita sint ex negligentia ipsius hospitis, aut ut aiunt jurisperiti, ex *actu Dei*, ut ex fulmine, ex inundatione, ex tempestate, aut ex actibus eorum qui contra nostros bellum gerunt. Itaque si bona, aut *pecunia* hospitis furto aut latrocinio sublata sit ex diversorio aut a famulis cauponis, eo inscio, aut a quolibet alio, excepto famulo aut socio ipsius hospitis, caupo damnum reparare tenebitur; nisi hoc ex negligentia ipsius hospitis evenierit, aut nisi ablata sit ex conclavi quod ipse non *qua hospes*, sed ob aliam causam v. g. ut cellam mercium, exclusive possidebat. Insuper si caupo bona aliena accipiat, non *qua talis*, sed ex alio contractu, v. g. depositi, commodati, &c., tunc tantum obligatur secundum naturam contractus [*the bailment*], prout in commodum solius dantis, aut solius accipientis, aut utriusque initur, ut supra exposuimus. Quod vero ad ea quæ ei qua cauponi traduntur, censetur in jure obligationem de eis cavendi suscepisse [*he is regarded as an insurer*].

558. Nunc autem ex 26 et 27 Vict. c. 41, statuitur: ne quis caupo cogi possit ad damna hospitum reparanda (exceptis equis aliisque animalibus vivis, et eis rebus quibus homines ad ea instruenda utuntur), ultra summam 30 librarum, nisi bona surrepta sint, aut pejora facta, ex culpa cauponis, aut alicujus ex ejus famulis; aut nisi bona ex pacto expresso apud cauponem deposita fuerint, ut illæsa et tuta serventur. Si caupo recuset hanc specialem obligationem suscipere, beneficio hujus legis privatur, sed quum obligationem suscipit, exigere potest, si ita ve-

(a) Hanc culpam in tract. de restitut. exponemus.

lit, et locum idoneum habeat, ut hospes, bona, pecuniam, &c., deponat in arca, aut in alio receptaculo, idque claudat et sigillo suo muniat. Insuper necesse est ut caupo unum exemplar primæ sectionis hujus statuti typis claris exscriptum in loco conspicuo atrii aut aditus diversorii exponat. Hac sectione continetur, quicquid subsidii per hoc statutum cauponibus præbetur; et si ea scripta non exponatur dum bona viatoris in diversorium afferuntur, caupo nihil commodi ex lege comparare poterit.

Quanquam caupo omnes hospites, qui pacifice in diversorium ingredi velint, recipere tenetur, quum hoc commode facere potest, et, pretio oblato, cibum et potum eis præbere, attamen viatori non licet ad arbitrium conclave quod ei placuerit eligere, aut non ire cubitum per totam noctem in dormitorio, dummodo caupo aliud conclave idoneum ubi noctem in negotiis agendis impendere possit, ei præstare paratus est.

Caupo quanquam ex potestate publica sibi facta [*license*] profiteatur se equos et vehicula mercede locaturum, non tamen tenetur ea cuivis postulanti locare. Denique si caupo sit minor, non subicitur specialibus obligationibus quæ ex jure com. in alios caupones imponuntur.

Punctum Secundum.—De locatione rei.

559. Hic est contractus quo usus rei alteri in tempus mercede pacta conceditur; et ideo quoniam in utilitatem utriusque contrahentis conficitur, possessor [*the bailee*] tantum tenetur ordinariam diligentiam in re conservanda adhibere. Sic si quis conduxerit equum qui cura veterinarii indiget, non tenetur reparare damna quæ ex imperitia aut ex incuria veterinarii evenerint; neque ei actio intendi potest propter negligentiam ex eo solo quod equum genibus fractis reddiderit. Sed si equus debilis fiat, aut si cibum sumere recuset, conductor eo uti non debet.

Quum Caius currum et equos conducit a Julio, qui suum rhedarium ad currum regendum mittit, aut quum equis ad currum suum proprium ducendum conductis, Julius rhedarium ad eos agendos mittit, Caius damna quæ ex negligentia rhedarii evenierint reparare non tenebitur.

Qui rem conducit etiam in tempus præfinitum, eam vendendo, contractum irritat; et ideo dominus actione propter rei conversionem, ut loquuntur jurisperiti, intenta eam, etiam a *bona fide* emptore exigere potest. Similiter si tempore in quod locata est non finito, res ob debitum conductoris [*the bailee*] arripiatur, aut si is foro cesserit, et res ab eis quibus administratio ejus bonorum

commissa est vendatur, contractus locationis dissolvitur, et dominus actione conversionis intenta rem exigere poterit.

Punctum Tertium.

De locatione mercium vehendarum, ubi de vectoribus publicis et privatis agitur.

560. Vector *communis* is est qui ob mercedem recipit se vecturum sive terra sive mari de loco in locum bona et merces eorum qui ipsius operam conduxerint. Itaque vector qui nonnisi homines transvehit non est vector *communis* sed *privatus*; et idem dicendum est de carri ductore in oppidis [*a town carman*] qui non transvehit merces de uno termino fixo in alium, sed occasione data, merces, aut viatores simul cum mercibus, portat quocumque viator postulat. Neque sunt ii qui merces a terminis viarum ferrearum, a navalibus, &c., ad varias partes urbis transvehunt. Tales vectores nulla damna reparare tenentur, nisi ea quæ ex ipsorum gravi negligentia evenerint.

Vectores communes sunt 1. ii sive homines singuli, sive societates, quorum sunt naves quæ ad merces cujusvis mercede transportandas instituuntur [*the owners or masters of a general ship*]; 2. custodes navalium [*wharfingers*], qui merces ex suis navalibus in propriis actuariis [*lighters*] transportant; 3. ii qui tabellarios publicos vehendos conducunt [*mail contractors*]; dominus vehiculi aut carri publici [*a stage coach or wagon*] qui merces mercede accepta de uno termino in alium portandas conducit; 4. societates quæ ad vias ferreas instituendas et administrandas constituuntur, nisi harum obligationes pacto speciali et rationabili restringantur. Vector vero communis non ideo eximitur ab obligationibus quæ ei a jure imponuntur, quia unus ex terminis inter quos se merces transportaturum recipit, extra fines nostri imperii situs est.

Articulus Primus.

De mercibus quas portare tenetur vector communis, et de ejus obligationibus.

561. Vector communis tenetur merces eorum omnium portare ad quemlibet ex eis locis ad quos merces portandas recipit, qui volunt mercedem solvere, nisi vehiculum sit jam plenum, aut nisi merces tales sint quales aut non possit, aut non soleat portare, aut quas portare nequeat sine *periculo extraordinario*. Tenetur is

qui merces vectori tradit quæ transvehi nequeunt sine periculo extraordinario, quales sint declarare; quod si non fecerit, damna quæ forte inde evenerint reparare tenebitur.

Tenetur etiam mercedem tantum rationabilem pro transvectione exigere, sed non tenetur jure communi eandem mercedem ab omnibus accipere, potest enim plus ab uno quam plerumque ab aliis deprecere solet exigere, dummodo id quod exigit nimium ne censeatur. Sed hoc præscriptum juris com., quod sane valde inconveniens est, quantum attinet ad societates a quibus viæ ferreæ, et fossæ navigabiles [*canals*] administrantur, statutis parlamenti prorsus abrogatur. Lex enim lata est A. D. 1854, qua hæ societates licitas merces eo modo qui bono publico civibusque privatis commodissimus est, transvehere tenentur, nullo commodo speciali alicui civi aut societati præ alio cive aut societate concessa. Sed quam potestas collata erat iudicibus hanc legem administrandi, revera nunquam in usum adducta est, et societates prædictæ eam aperte et perpetuo violaverunt. Ad huic malo medendum, nova lex jam (1873) bis a senatu inferiore accepta est, qua potestas legem prædictam administrandi a iudicibus aufertur, et ad tres curatores transfertur qui singuli mercedem annuam 2000 librarum accipient. Sperandum est hos curatores legem strenue administraturos. Quoniam vero nova lex rogata etiam alia præscripta contineat quæ ad omnes fere cives pertinent, ea quæ præcipua sunt anglice exscribere juvat.

Sec. 10. "Whereas by section 2 of the Railway and Canal Traffic Act, 1854, it is enacted that every Railway Co. and Canal Co. shall, according to their respective powers, afford *all reasonable facilities* for the receiving and forwarding and delivering of traffic upon and from the several railways, and canals belonging to or worked by such Companies, and for the return of carriages, trucks, boats, and other vehicles; and that no such Co. shall *make or give any undue or unreasonable preference, or advantage to or in favour of any particular person or Co., or any particular description of traffic, to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage in any respect whatsoever*; and that every Railway and Canal Co. having or working railways or canals, *which form part of a continuous line of railway, or canal, or which have the terminus station or wharf of the one near the terminus station or wharf of the other, shall afford all due and reasonable facilities for receiving and forwarding by one of such railways or canals all the traffic arriving by the other, without any unreasonable delay, and without any such preference or advantage or prejudice, or disadvantage, so that no obstruction may be offered to the public desirous of using such railways or canals, as continuous lines of communication,*

and so that all reasonable accommodation may by means of the railways be afforded to the public in that behalf." Deinde plura adduntur ad hanc legem explicandam et ad eam bono publico magis commodam reddendam. Inter alia præscribitur: "That where a Railway or Canal Co. use, maintain or work, or are party to an arrangement for using, maintaining, or working steam-vessels for the purpose of carrying on a communication between any towns or ports, the provisions of this section shall extend to such steam-vessels, and to the traffic carried thereby." Sect. 13 statuitur; "That every Railway and Canal Co. shall keep at each of their stations and wharves a book, *showing every rate for the time being charged for the carriage of traffic, other than passengers and their luggage*, from that station or wharf to any place to which they book, including any rates charged under any special contract, and stating the distance from that station or wharf of every station or wharf, to which any such rate is charged." Ex hoc statuto plena potestas concedenda est curatoribus, ut tamquam iudices sententiam proferant, et lites dirimant.

Vector tenetur merces sibi modo negotii sui *consueto* traditas, sine mora inusitata aut non necessaria, et via consueta, sive terra, sive mari, transvehere. Quum Caius pecora sua, quæ via ferrea transvehi voluit, ad quandam stationem uni ex famulis societatis tradidisset, neque a ministro huic rei præposito ullum accepisset scriptum quo is agnosceret pecora sibi tradita fuisse ut transveherentur, quanquam Caius sciebat morem usitatum esse istius negotii gerendi, ut hujusmodi scriptum daretur; declaratum est actionem societati intendi non posse ex eo quod pecora ad locum destinatum tradita non essent. Similiter si merces traditæ sunt eo pacto ut earum dominus ejusve famulus eas comitetur custodiendi causâ, hoc non sufficit ut vector eodem modo quo vector communis obligetur. Quanquam traditis sarcinis viatoris societati quæ viam ferream administrat, sub certis restrictionibus rationabilibus, non ita tradi intelliguntur, ut societas eodem modo quo vector communis obligetur, sed tantum ex gravi negligentia; attamen si hæc a famulo societatis sub sede viatoris ponantur, societas ad eas conservandas eodem modo, quo vector communis tenebitur.

562. Itaque obligationes vectoris communis, ad merces tuto transvehendas alio modo quam ex contractu implicito oriuntur. Ex jure enim communi vector communis recipere censetur se res transvehendas in loco statuto tutas traditurum; et ideo si hoc non fecerit, etiamsi nullius negligentiae reus fuerit, damnum reparare tenebitur. Tantummodo excusatur si damnum ex *actu Dei*, aut ex eis qui contra nostros bellum gerunt, aut ex negli-

gentia ipsius domini mercium evenerit, quemadmodum supra de cauponibus exposuimus. Itaque ad damnum reparandum obligatur, etiamsi bona ei vi vel furto ablata sint, aut incendio facto sine negligentia aut ipsius vectoris, aut ejus famulorum, deperdita sint. Sed non tenetur vector reparare damna quæ ex mora inculpabili in bonis tradendis evenerint, et obligationem suam pacto speciali plerumque certis finibus circumscribere potest; sed necesse est ut pactum hujusmodi ab eo quoque qui bona transvehenda tradit subsignetur, et quantum attinet ad societates a quibus viæ ferreæ et fossæ navigabiles [*canals*] administrantur, ut sit justum et rationabile; atque ad judicem pertinebit declarare utrum in aliquo casu speciali rationabile sit necne. Sic irrationabile censetur pactum quo convenit ut talis societas obnoxia ne sit damni reparandi, si quid acceptum fuerit ex detentione aut ex jactura bonorum non sufficienter neque satis apte colligatorum; neque si quid quoquo modo acciderit, quum pactum fuerit ut merces specialis in singula milliaria pro vectura solvenda sit; neque quum dominus bonorum totum periculum ea in vehiculum imponendi et inde auferendi, et transvectionis ipse suscepit, etiamsi societas se obligarit ad eos gratis vehendos quibus cura bonorum commissa fuerit.

563. Sed declaratum est justas et rationabiles esse condiciones factas a societate quæ viam ferream administrabat, ut ne quid postulari posset propter damnum in transvectione bonis illatum nisi intra tres dies a tempore quo tradita essent; ut quum bona transvehenda essent ulterius, obligatio societatis cessaret quum bona alteri vectori modo consueto traderentur; ut pisces nisi certis vehiculis ne transportarentur, et ut ad damna reparanda ne teneretur quæ inde evenirent, quod ob moram transvectionis tempore opportuno ad mercatum adducti non essent, aut qui ex modo quo repositi erant [*stowage*], aut ex alia quacumque causa sine fraude aut negligentia crassa [*gross*] provenirent. Sed societates quæ ad vias ferreas et fossas navigabiles administrandas constituuntur, eas obligationes quibus ut vectores communes tenentur, circumscribere non possunt *indicio generali dando*, se damni reparandi obnoxias non fore, nisi in casibus quibus ex 2 Geo. IV. et 1 Guliel. 4, c. 68, hoc jus vectoribus omnibus generaliter conceditur. Vector ex ea conditione ut damni obnoxius ne sit ex fractura, aut quum liquor aliquis effluit per rimas vasis quo continetur, tantum liberatur a damno reparando, quum hoc casu, sine ejus culpa aut negligentia acciderit. Et etiamsi convenerit ut vector merces transvehendas ne recipiat nisi ea conditione, ut ad damna reparanda quæ in transvectione forte evenirent ne obligetur, nisi dominus sibi præcaverit a damnis interposita cautione

quanti plurimi res valeant, attamen vector adhuc ad diligentiam ordinariam adhibendam tenebitur, id est, ad vehicula idonea quibus transvehantur præstanda, et ad curam ordinariam in eis transvehendis et tradendis impendendam. Attamen censetur, tali conditione posita, societatem obnoxiam non fore reparandi damni quod fiat ex furto ab aliquo ex ejus famulis commisso, nisi furtum negligentiae gravi ipsius societatis attribui possit.

564. Quanquam vero vector communis indicio publico generali obligationes suas circumscribere nequit; hoc enim non sufficit ad pactum speciale inter ipsum et dominum mercium efficiendum; attamen si probetur tesseram in qua conditio quædam legalis scripta sit huic traditam esse, hoc sufficiet; neque necesse est probare tesseram a domino mercium ejusve procuratore perlectam aut intellectam esse. Sed si is cujus merces sunt reticeat de valore, nulla fraude adhibita, hoc non sufficit ut excusetur vector, si in eis transvehendis male fecerit [*for misfeasance*]; sufficit vero si tantum negligens fuerit. Sic Caius declaraverat se nolle obligari de rebus quæ pluris quam certo pretio æstimarentur, nisi dominus sibi a damno præcavisset. Julius res magni pretii, nullo indicio dato de valore, Caio tradidit, ut per *certum* vehiculum transmitterentur, qui tamen eas per *aliud* vehiculum transmisit. Rebus deperditis et actione Caio intenta, declaratum est eum male negotium gessisse, quod res per vehiculum indicatum non transmisisset, et ideo ad damnum reparandum coactus est. Si autem Julius interrogatus falso respondisset res non esse magni pretii, aut si alio modo Caium de valore decepisset, hic ad damna reparanda non teneretur. Et hæc præscripta justa sunt, sed si Caius bona fide egerat in primo casu, ad restitutionem non tenebatur ante sententiam judicis.

565. Dubitatur utrum societas quæ viam ferream administret, pro vectore communi habenda sit, quantum attineat ad sarcinas viatorum. Societas hujus generis significaverat se tesseras emisurum eis qui oblectandi sui causa iter facere vellent, et integrum fore unicuique viatori 60 libras sarcinarum, nulla mercede exacta *et proprio suo periculo*, secum afferre. Caius sarcinas secum infra pondus præscriptum attulit, quibus amissis actionem societati intendit: sed quamquam is ignoraverat conditionem supra dictam, declaratum est ei compensationem exigere non licere. In hoc casu Caius non probavit damnum ex negligentia vel societatis vel illius famulorum evenisse. Quum quis merces simul cum sarcinis in saccum immiserit inscia societate, mercibus deperditis is pretium a societate exigere nequit; quia pactum in hoc casu inter illum et societatem tantum ad sarcinas in proprium illius usum portandas attinet. Itaque quum Caius accepisset a Julio quasdam

merces Londinium vehendas viâ ferrea modo consueto, neque eas tradidisset societati, sed secum portasset in sacco suo simul cum sarcinis, eis deperditis, declaratum est societatem ad pretium mercium solvendum cogi non posse. Neque cogi potest vector communis reparare damna quæ ex defectu ipsius rei oritur, ut si liquor effundatur, quia male obturatus sit cadus; aut si merces tales sint ut detrimentum patiantur ex contactu cum aliis mercibus, nisi vector de hoc expresse moneatur, neque sufficit ut ex natura mercium is hoc scire possit. Sed actione vectori intenta ob merces amissas, se defendere nequit ea ratione quod merces non bene colligatæ essent quum ei traditæ sunt.

566. Quoniam vector tenetur merces non tantum transvehere sed etiam *tradere*, ejus obligatio non prius desinit quam eas tradat modo consuete, aut de quo convenerit. Sic societas quæ viam ferream administrat tenetur sarcinas viatorum ex vehiculis in suggestum [*platform*] deponere, et si famulis suis permittat etiam in commodum viatorum eas portare ad rhedas meritorias quæ apud stationes viatores expectant, obligatio non desinit donec apud eas tradantur. Sed obligatio vectoris desinit quum merces in locum debitum deponit, unde aut is ad quem mittuntur, aut alius vector eas auferre debeat; et quum domino aut alio vectore non adveniente, vector eas in sua cella in commodum domini deposuisset, ubi igne consumptæ sunt, declaratum est vectorem ad damnum reparandum cogi non posse. Quum societas quæ viam ferream administrat recipit merces ad certum locum vehendas et ibi tradendas, et ut hoc fiat necesse est ut per alias vias ferreas a diversis societatibus administratas transmittantur, et tota merces pro vectura a prima societate accipitur, declaratum est hanc solam societatem teneri ad damna reparanda quæ etiam in aliis viis ferreis evenerint. Si autem prima societas, etiamsi totam vecturam acceperit, et promiserit se merces ad locum statutum transmittendas viâ ferrea aut alio modo curaturum, declaraverit ejus obligationem desitutam esse quum res alteri vectori tradantur, hoc pactum ratum erit.

Potest aut is a quo, aut is ad quem bona transmittuntur, indicio dato vectori, mutare locum ubi tradenda sunt. Quum merces ex libello oneris [*the bill of lading*] tradendæ sunt Caio aut eis qui ejus vicem gerunt, necesse est ut istis ipsis tradantur, nisi ex consuetudine certi portus merces quæ ad certum navale traduntur, his tradi censeantur. Et si ii quibus merces tradendæ sunt non adsint, tenetur vector eas per tempus rationabile aut in navi, aut in navali, proprio suo periculo conservare, donec is cui tradendæ sunt ad eas accipiendas adveniat. Quum vero vector mercedem accipit ad merces portandas ad habitationem illius cui

tradendæ sunt, aut quum hoc semper facere consuevit, utique eas ibi tradere tenetur. Et etiamsi vector merces debito modo traderit, ideoque obligatio ejus *qua vectoris* communis desierit, attamen si eas postea detineat ex pacto, aut ex consuetudine quæ inter ipsum et illum cui tradendæ sunt semper servata est, aut donec pretium vecturæ solutum fuerit, tenetur eas communi diligentia conservare.

567. Ex 2 Geo. IV. et 1 Guliel. IV. c. 68, plura ad minuendas obligationes vectorum communium in rebus pretiosis præscripta sunt. Statuitur enim ut ne quis vector communis obnoxius sit damni reparandi quod accipiat ex jactura auri argente signati, sive hujus nostræ sive exteræ gentis, sive non signati, neve quod accipiat in lapidibus pretiosis, gemmis, horologiis cujuscumque generis, syngraphis, chirographis, tesseris cujusvis argentariæ Britannicæ aut Hibernicæ, mandatis ex quibus pecunia solvenda est, tabulis geographicis, picturis, vasis auro vel argento obductis, rebus confectis ex vitro pellibus, aut sericis, colligatis in aliquo fasciculo qui vectori tradetur, *sive mercede, sive simul cum viatore* transvehendus, quum pretium rei aut rerum supradictarum quæ in fasciculo continentur *decem libras* superet, nisi tempore quo fasciculus tradatur aut ipsi vectori aut famulo qui ejus nomine id accipit, ejus valor declaretur, et solvatur aucta merces quæ exigitur ob periculum tales res transvehendi, aut pactum fiat de ea solvenda. Træ si possunt etiam res pretiosæ hujusmodi in receptaculum ubi vector merces transvehendas accipit, aut alicui famulo vectoris qui huic muneri præpositus est, etiam ad domum illius a quo res transmittuntur, aut ad aliquem stationem itineris, servatis conditionibus expositis. Tenetur vector literis claris palam proscribere in loco ubi merces vehendas accipit, se majorem mercedem exacturum pro vectura harum rerum; et quum hanc mercedem acceperit, aut pactum de ea solvenda initum fuerit, tenetur si altera pars hoc postulaverit, scriptum dare quo agnoscat se fasciculos accepisse, et si quid damni eis acciderit, se id præstaturum; et si nihil proscripserit de aucta mercede exigenda, dummodo altera pars earum naturam et valorem declaraverit, nullum commodum ex statutis allatis percipiet. Insuper declaratum est vectorem publicum (excepto casu exposito), obligationes suas circumscribere non posse per ullam proscriptionem, quæcumque sit, publice factam; sed legem non obstare ne ineat pactum *speciale* cum eo qui merces vehendas tradat. Si res de quibus modo prædicto a vectore cautum sit, deperdantur, dominus non tantum valorem earum, sed et augmentum mercedis pro vectura, si solutum fuerit, exigere potest; sed tenetur probare modo

consueto valorem rerum, et ad hoc minime sufficiet ista declaratio valoris quam dominus fecerit quum eas vectori tradiderit.

568. Etiam si vector nihil proscripserit de aucta mercede, non ideo obligabitur tanquam *vector communis* circa res prædictas, quum valor decem libras superat, nisi is qui eas transvehendas tradiderit earum valorem declaraverit; et si post proscriptam istam auctam mercedem eam neque solverit, neque pactum de ea solvenda inierit, vector quanquam damna quæ ex propria sua negligentia crassa evenerint reparare tenebitur, non tamen cogi potest reparare damna quæ evenerint ex negligentia crassa famulorum suorum. Sed minime excusatur a damnis reparandis quæ proveniunt ex furtis famulorum quorum operam in negotiis gerendis adhibet; neque necesse est probare damnum aliquo modo negligentiae vectoris ascribendum esse. Insuper quum vector contrahit cum alio vectore de mercibus vehendis quas ipse transvehendas suscepit, famuli secundi vectoris tanquam famuli prioris in jure respiciuntur. Et quanquam ubi dominus bonorum præscripta exposita non observat, vector damna ex gravi negligentia famulorum illata reparare non tenetur, tamen famuli ad hoc faciendum cogi possunt. Quoniam lex, ubi conditiones præscriptæ non servantur, tantum eximit vectorem quum merces *amittuntur*, aut *pejores* efficiuntur, non eum excusat a damnis reparandis si merces ad locum statutum non transportaverit, aut si moram culpabilem fecerit, aut si alio vehiculo quam de quo convenerit transmiserit, aut si ultra locum statutum transvexerit, aut via insueta, aut si quid aliud male fecerit [*misfeasance*], ex quo damnum secutum est.

Necesse non est ut *scriptum* quo vector spondet se damnum præstaturum signo publico impressum sit; neque ullum instrumentum requiritur ad hanc obligationem in eum imponendam; sed opportunum est id exigere ad periculum disceptationum et litium præcavendum.

Articulus Secundus.

De transvectione animalium; de libello oneris [bill of lading] agitur.

569. Quod attinet ad equos, pecora aliaque animilia vehenda a societatibus quarum sunt viæ ferreae et fossæ navigabiles, ex 17 et 18 Vict. c. 31, s. 7, statuitur ne propter amissionem equi, aut detrimentum ei in transvectione illatum, plusquam 50 libræ, neve propter amissionem, &c., pecoris bubuli plusquam 15 libræ, neve propter amissionem, &c., ovis, aut porci plusquam 2 libræ, exigantur, nisi is qui animal miserit aut tradiderit societati, declaraverit id majoris esse pretii, quo casu societas majorem mercedem

pro vectura exigere poterit, eodem modo, et eisdem conditionibus servatis, quas supra de vectoribus mercium agentes exposuimus. Et in præsentī casu, sicut etiam quum merces transvehuntur, dominus exigere non poterit tantum pretium, quanti animal valere declaraverit, quum id vehendum tradiderit, sed onus probandi tum justum pretium, tum quantitatem damni quam passus erit in eum conjicietur. Sed non potest is qui animal vehendum societati tradiderit, compensationem exigere majorem quam quanti id valere declaraverit; et nisi pretium declaraverit antequam animal tradiderit famulis societatis in loco ubi res vehendæ recipiuntur, si animal ibi perierit, et non in transvectione, compensationem majorem quam quantam supra memoravimus exigere non poterit.

570. Quum merces transmittuntur ad emptorem qui earum dominium habet et periculum subit, contractus de transvectione inter emptorem et vectorem iniri censetur, et ei competit actio de damnis adversus vectorem, etiamsi vecturam venditor solvat et modum transvectionis eligat; aut etiamsi venditor cautionem de mercibus tuto præstandis obtineat, et pecunia non præsentī venditæ sunt. Sed quum vector conducitur a venditore et merces hujus periculo transmittuntur, aut quum transmittuntur ea conditione ut emptor eas accipere aut rejicere possit, aut quum convenit ut vector obligetur emptori, quia hic recipit se vecturam, emptore deficiente, soluturum, aut quum dominium non transferitur in emptorem, v.g. quia contractus secundum præscripta Stat. contra Fraudes confectus non est; aut quum ex pacto speciali dominium et periculum transferenda non sunt in emptorem, donec is merces revera acceperit, aut denique si ex fraude venditori facta, merces ei tradendas obtineat; contractus de transvectione inter venditorem et vectorem iniri censetur, et ideo ei competit actio ad compensationem exigendam. Famulus qui iter facit via ferrea simul cum hero, actionem proprio nomine societati ob amissionem sarcinarum intendere potest, etiamsi herus tesseram pro famulo acceperit et pretium solverit.

Summa quæ ex vectore jure exigī potest est ea quæ adæquat valorem quem habuissent bona eo tempore et loco quo secundum pactum tradi debebant, neque alia damna compensanda sunt, nisi ostendatur eo tempore, quo merces vectori traditæ sunt, huic declaratas esse circumstantias speciales ex quibus hæc damna provenerunt. Damna quæ ex actu injurioso necessario non proveniunt *damna specialia* appellantur.

571. Libellus oneris [a bill of lading] est instrumentum subscriptum a navarcho, quo agnoscit se in navem certas merces accepisse, et se obligat, certis casibus exceptis, mercede constituta, ad eas

transportandas et tradendas ei cui ex instrumento tradendæ sunt [*the consignee*] aut ad ejus mandatum, in eodem statu quo acceptæ sunt. Quanquam autem ex indice oneris *prima facie* probatur merces in navem esse impositas, non tamen est invictum hujus rei testimonium contra dominum navis, nisi instrumentum ab illo quoque subsignatum sit. Mercator qui navem conduit ad merces transportandas, tenetur onus imponere intra tempus præfinitum, et si nullum præfinitum sit, intra tempus rationabile. Si convenit de genere mercium vehendarum, onus ex his constare debet, et non licet in navem imponere merces vetitas [*contraband*] neque periculosas, periculo non declarato; quod si non declaraverit dominus damna quæ inde sequentur reparare tenebitur. Nulla merces pro vectura debetur, nisi merces in loco præfinito tradantur; sed si merces in mare projectæ fuerint navis conservandæ causâ, dominus mercium vecturam quidem solvere tenebitur, sed dominus navis ratione valoris tum ipsius navis, tum vecturæ, partem damni quod patitur ex mercium jactura subire tenetur. Sed hæc præscripta non obtinent, nisi navis conservata sit, et projectio mercium ad hoc profuisse censeatur. Necesse etiam est ut merces projectæ modo debito in navem impositæ sint; si enim in constrato navis ponerentur (nisi hoc ex consuetudine speciali probaretur), ceteri quorum interfuit ut navis servaretur, ad hoc damnum reparandum contribuere non tenerentur. Ex jure nostro quum *levandæ navis causâ*, aut merces projectæ sint in mare, aut vela vel mali exsecti, et navis in portum pervenerit, æstimatur valor rei perditæ, et navis, et oneris, et vecturæ, et tum ipse dominus rei perditæ, tum ii quorum sunt navis, onus, et vectura, tantum contribuere tenentur quantum sufficit ad damnum exæquandum (a). Si quis de navi, onere, et mercibus caverit, is totam summam quæ domini navis, &c., ad damna compensanda contribuerint, his solvere tenetur. Si pars mercium vendita est ut res ad vitam necessariæ pro nautis compararentur, aut ut solverentur pecuniæ in reficiendam navem impensæ, mercator vecturam solvere tenetur, et dominus navis pretium mercium. Dominus navis possessionem mercium retinere potest donec vectura solvatur, nisi convenerit ut hoc jus ne habeat, aut nisi pactum de usu navis concedendo ad merces transvehendas ita confectum sit ut conductor [*the charterer*] navem possidere debeat. Si ex ipso libello oneris appareat eum cui merces tradendæ sunt nonnisi procuratorem esse, contractus *implicitus* ad solvendam vecturam deduci non potest ex instrumento quo is agnoscit se eas accepisse.

572. Ex libello generali oneris plerumque cognosci potest cui

(a) Hic modus compensationis in jure *general average* appellatur.

competat jus actionem vectori intendendi. Si enim ex eo merces tradendæ sunt Caio, is est qui adversus vectorem agere potest. Si vero tradendæ sunt Caio pro Julio aut in ejus usum, jus istud Julius habet; aut si tradendæ sunt pro Petro qui merces in navem imposuit [*the consignor*], et illius nomine Paulo, qui eo tempore quo merces in navem impositæ sunt nullam proprietatem in eis habuit, jus habet Petrus, etiamsi Paulus cautionem de damnis reparandis, si quid acceperint merces, obtinuerit. Quanquam aliter jure com. statutum erat, nunc ex 18 et 19 Vict. c. 111, s. 1, si Caius cui ex libello oneris merces tradendæ sunt, ei nomen suum a tergo inscripserit, ex quo merces tradendæ sunt Sylvio, ita ut in hunc proprietas transferatur, hic jure actionem vectori intendendi eodem modo potitur, quo si contractus qui in libello continetur cum semetipso confectus esset.

Articulus Tertius.

De transvectione viatorum.

573. Vector communis qui viatores mercede pacta vehit, *imply* suscipere non censetur, ex jure, se damna præstaturum quæ sine ipsius culpa evenerint, sed tantum se debitam diligentiam in eis transportandis adhibiturum: et quanquam hic contractus in utilitatem utriusque conficitur, magnam tamen diligentiam in viatoribus transportandis adhibere tenetur. Non certo constat utrum *ex sola consuetudine* teneatur vector viatores vehiculis suis accipere et vehere, quum hoc facere potest; et magis dubium est si viator ad externos vehendus est. Sed si ex proscriptione publica aut alio modo vector recipit se hoc facturum, id agere tenetur; et quum vecturam pro transvectione viatoris acceperit, utique eum ad locum destinatum vehere tenebitur. Præterea si convenerit cum vectore ut plures viatores simul in eadem parte vehiculi [*compartment*] iter faciant, violatur pactum si in diversis partibus iter facere cogantur. Si viator tantum partem vecturæ [*a deposit*] solverit, et præsto non adest ut sedem occupat quum vehiculum proficisci debet, vector sedem alteri dare potest; si vero totam vecturam solverit, sedes alteri dari nequit, quia viator jus habet eam ad quamlibet itineris stationem [*stage*] occupandi. Omnis homo qui sedem in vehiculo vectoris legaliter occupat, sive ex contractu cum vectore, sive ex lege qua vector aliquem vehere tenetur, ut v.g. custodem tabellarii publici, viator in jure habetur.

574. Quanquam vero vector magnam diligentiam adhibere tenetur ut ipsi vectores injuriam in transvectione ne accipiant, non tamen tenetur reparare damnum quod ex vitio vehiculi evenit, quum ordinaria diligentia in vehiculo inspiciendo adhibita ante

iter inceptum, nihil vitii compertum est. Societas quæ viam ferream administrat tenetur diligentiam ordinariam adhibere tum circa ipsam viam, tum circa vehicula, ut apta sint ad viatores tuto transportandas; et si ex pacto cum alia societate, transvehit viatores per viam ferream hujus societatis, prior societas recipere ex jure censetur, ut hæc via idonea sit ad viatores tuto transportandos. Si viator injuriam accipiat dum viâ ferreâ iter facit, societas quæ sola viam istam curat, *prima facie* negligentiam admisisse censetur, atque in eam conjicitur onus probandi injuriam ex ipsius negligentia non provenisse. Et quanquam ea injuriam reparare non tenetur, quum ex negligentia aut ex imperitia ipsius viatoris *proxime et immediate* evenerit; attamen si casus [*the accident*] ex his non immediate provenerit, sed tantum aliqua injuriæ pars, damni reparandi obnoxia est societas, nisi viator diligentia ordinaria adhibita casum evitare potuerit.

575. Ita intime inter se conjungi censentur in jure vector et viator quem vehit, ut negligentia vectoris pro ipsius viatoris negligentia habeatur, et ideo quum viator dum faceret iter in vehiculo publico, injuriam accepisset ex negligentia qua aliud vehiculum agitatum est, probatum autem esset eum qui prius vehiculum agitavit cura et peritia ordinaria adhibita casum evitare potuisse; declaratum est actionem contra dominum secundi vehiculi non competere. Item quum infans, qui ad annos discretionis non pervenerat, injuriam passus esset ex negligentia famulorum societatis quæ viam ferream administrabat, probatum autem esset eam cui infans custodiendus commissus erat, negligentiam admisisse, sine qua injuria illata non fuisset, declaratum est actionem contra societatem non competere. Sed non obstat ne actio intendatur, si tantum probetur injuriam *aliqua ex parte* evenisse ex negligentia ejus qui agitabat vehiculum quo viator vehebatur, aut illius cui infans commissus erat, nisi adhibita debita diligentia et peritia ipsum casum evitare potuerit. Olim actio nonnisi ab ipso viatore ad compensationem in ejus personam illatam intendi potuit, sed nunc si mortuus erit viator ex casu qui ex actu injurioso, aut ex negligentia vectoris provenit, executor illius testamenti, aut is cui administratio bonorum illius concessa erit, actionem vectori intendere poterit ad compensationem exigendam in commodum mariti, vel uxoris, vel patris et matris, vel filiorum defuncti. Compensatio computanda est in hoc casu ex spe rationabili *beneficii pecuniarii* quod ii quorum mentionem fecimus putant se accepturos fuisse a defuncto, si ex culpa vectoris morte preemptus non esset.

Denique actio societati quæ viam ferream administrat intendi potest a viatore, qui damnum passus fuerit ex eo quod vehicula

ad viam percurrendam præsto non erant eo tempore, quo secundum tabulas temporis a societate confectas proficisci debebant. Neque ideo se excusare potest societas, quod in ipsis tabulis declaravit se non spondere vehicula ad tempus parata fore; adhuc enim damnum rescarcire tenebitur, nisi ex aliquo casu, quod præcaveri non potuerit, vehicula ad tempus parata non fuerint.

§ 2. De contractu societatis [partnership].

572. Societas, ut in jure nostro accipitur, est contractus quo duo vel plures inter se paciscuntur aut negotia universa gerere, aut rem aliquam specialem [*some particular adventure*], lucro vel damno inter omnes socios communicato. Societas autem ita coiri potest ut lucra et damna inter omnes socios æqualiter, aut inæqualiter, dividantur. Et videtur eos omnes qui jure potiuntur ad aliquam partem, etiam non definitam, lucrorum percipiendam, et qui periculum damni, quantumvis parvi, subeunt, socii efficiuntur, etiamsi quidam ex eis nullum jus *directum* ad partem *sortis* habent. Attamen si Caius conducatur nonnisi tanquam minister ad negotium gerendum, aut ad opus speciale perficiendum, ea conditione ut pro mercede certam portionem lucrorum accipiat, socius non efficitur, neque de damnis tenetur; et hoc semper verum est, ubi non sociorum ratio, sed actoris et procuratoris, inter partes existit.

Societates quæ ad negotia gerenda coeuntur duplicis sunt generis: quædam enim ex eis pluribus privilegiis corporum [*corporations*] potiuntur: quædam autem non habent hæc privilegia. Quum plures quam viginti homines coeunt societatem, quæ instituitur ad negotium quæstus causâ gerendum, necesse est ut aut ex statuto parlamenti, aut ex literis regis patentibus, potestatem accipiant talem societatem instituendi, aut ut ea in tabulas referatur, quemadmodum infra exponetur. Hoc vero præscriptum obligat societates argentarias, quum plures sunt quam decem socii.

Primum agemus de societatibus quæ privilegia corporum non habent; postea de eis quæ his privilegiis potiuntur.

Punctum Primum.

De societatibus quæ privilegia corporum non habent: quo modo tales societates coiri possint, quantum ad socios inter se spectat.

573. Societas simplex plerumque per factum [*by deed*] constituitur, sed hoc necessarium non est; quia ex jure, quovis scripto

rite confici potest, et etiam per verba, si ultra annum non est perduratura. Quanquam vero contractus societatis, qui ultra annum perduraturus esset, verbis initus, ratus non foret propter præscripta statuti contra fraudes; attamen si scriptis convenit inter Caium et Julium, ut hic negotium faciat, quod intra annum perficiendum non est, et si Julius aliud pactum conficit cum Sylvio, quo lucrum inter eos commune sit, hoc pactum scriptis confici necesse non est. Potest Caius, quum societatem init sociusque fit, pascisci ut, quod attineat *ad socios*, de damnis societatis ne teneatur; et ex altera parte non ideo quis efficitur socius, quod partem lucri ferat, quantum attinet *ad socios* inter se spectatos, si omnibus pensatis appareat talem non fuisse mentem sociorum. Quanquam enim quum ex lege stabilitur contractum societatis vigere inter certos homines, quod ad alienos; censebitur [*it will be presumed*] hos societatem etiam *inter se* coisse; recipietur tamen testimonium ad hanc præsumptionem repellendam. Caius pecuniam mutuam dedit Julio, ea conditione ut 5 pro 100 in annum acciperet, et insuper ut acciperet partem lucri quod faceret Julius ex negotio quod cum Petro gessit. Julius dedit Caio factum [*a bond*], quod de sorte, de fenore, et de lucro cautum est. Sed quanquam hic contractus non tantum scriptis sed etiam facto initus est, declaratum est societatem inter Julium et Caium initam non esse, *sed contractum usurarium*, quia non voluissent bona fide societatem coire. Et si Caius et Julius inter se paciscerentur, ut merces Julio solvenda ex lucris in negotio factis æstimaretur, hoc per se eos socios non constitueret. Neque si paciscerentur inter se ut Julius merces pro Caio emeret, ea conditione ut partem lucri pro mercede laboris acciperet, et partem damni subire teneretur, necessario socii fierent. Et si convenit inter navarchum et nautas navis quæ ad balænas capiendas adhibetur, ut lucra certis portionibus inter dominos navis, navarchum, et nautas communicentur, non ideo socii fiunt. Et dominus unius partis navis non est necessario socius illius qui dominio alterius partis potitur.

574. Sed quum inter plures convenit ut omnes pecuniam in commune conferant, ad statutum parlamenti obtinendum, quo eis liceat viam ferream instituere, declaratum est eos inter se societatem coire. Verum quum agitur de societate nondum constituta, quæ ex prospectu, qui dicitur, certam sortem habere debet, pactum quo quis se obligat ad partes aliquas accipiendas, in jure conditionale esse censetur, si nempe sors dicta collata fuerit. Præcipuum casum de hac re (Fox v. Clifton) anglice exscribere opportunum videtur. "A prospectus was issued for a Distillery Co. which was to have a capital of £600,000 in 12,000 shares, and was to be conducted pursuant to the terms of a deed to be

drawn up. All persons who did not execute the deed within thirty days after it was ready, were to forfeit all interest in the concern. No more than 7500 shares were ever allotted; only 2300 persons paid the first deposit; only 1106 the second; and only 65 signed the deed: and it was held, that *if the right to participate in the profits of a joint concern was to be taken, as undoubtedly it ought to be, as a test of partnership, the defendants were not entitled at any time to demand a share of profits*, if profits had been made, inasmuch as they had never fulfilled the conditions on which they subscribed. The matter had proceeded no further than that the defendants had offered to become partners in a projected concern; and that concern had proved abortive before the period at which the partnership was to commence" (a).

Potest etiam Caius, unus ex sociis, partes suas rei communis abalienare Petro, et sic concedere ei emolumentum ex his partibus percipiendum; non autem potest eum socium constituere, nisi a ceteris in societatem [*the firm*] admittatur. Accipe casum de hac re anglie exscriptum. "Caius being as a partner entitled to a share of iron works, and of the premises in which they were carried on, agreed for a valuable consideration to assign to Peter his interest in the property and business. Peter interfered and acted as a partner, but afterwards assigned his share, and gave notice to the other partners that he had withdrawn from the business, and, when called upon to complete his purchase, successfully resisted the performance of the contract, *on the ground that a good title could not be shown*: and it was held in equity that Peter, as between him and the other partners, was to be treated as a partner, and was liable to contribute to the partnership losses, until the time when he gave notice of his withdrawal from the concern and assigned his share;—that his liability ceased from that period; *that the assignment of his share, though made to an insolvent person, was not for that reason the less effectual in putting an end to his liability; and that the assignee, not having been acknowledged as a partner, or permitted to act as such, did not, by his acceptance of the assignment, incur any liability as between himself and the copartners*" (b).

575. Societates, quæ negotiandi causa contrahuntur, plerumque rem gerunt nominibus paucorum ex sociis, aut alia omnino designatione, nomine nullius ex sociis declarato. Ita designantur societates quæ vias ferreas, et naves mercatorias administrandas curant. Sæpe etiam aliæ societates, quæ nominibus quorundam ex sociis initio designatæ erant, adhuc his nominibus appellantur,

(a) Cf. ap. Chitty, p. 218.

(b) Ap. eund., p. 219.

quanquam nemo nunc inter socios est, qui ullo ex his nominibus appelletur.

Inter ipsos socios contractus, aut alius actus unius, in eis rebus quæ ad negotium societatis pertinent, in jure ut contractus vel actus totius societatis habetur, ideoque omnes socios obligat, non tantum collective et quantum attinet ad res communes, sed etiam singillatim et quantum ad res cujusque proprias, et quæ ipse separatim possidet. Hæc doctrina nititur eo juris principio, quod unusquisque ex sociis alios singulos constituit suos ipsius procuratores. Hoc etiam verum est, quum unus ex sociis fraudulenter erga alios agit, ut si res communes societatis in proprios suos usus privatos, ceteris insciis, convertat, dummodo altera pars hoc ignoret et bona fide agat; si enim is scierit fraudem socii quocum negotium gerit, alii socii juste pactum rescindere possunt. Insuper si ei, quocum unus ex sociis negotium gerit, expresse indicaverint alii se actum hujus socii non approbare, ii qui hoc indicaverint, actu socii obligari nequeunt. Auctoritas qua unus ex sociis alios ligare potest, ad eas res restringitur, ad quas agendas societas facta est; et etiam in eis rebus non valet quum ex usu communi et bene cognito quædam negotia nonnisi assensu expresso et formali omnium sociorum perfici possunt. Sic unus socius conficere nequit *factum* nomine aliorum; neque hoc facere potest sine auctoritate expressa, et *facto* firmata, omnium sociorum. Neque lite exorta inter societatem et alium, potest unus socius, sine expresso assensu aliorum, rem arbitrio privato permittere; hoc enim non obstante possunt alii socii exigere ut lis in judicio dirimatur. Si actio uni aut alteri ex sociis intendatur, ceteris prætermisissis, is in jure excipere potest, quod actio omnibus sociis non fuerit intenta. Potest unus ex sociis, nomen societatis modo debito super syngrapham scribendo, aut chirographum eodem modo subscribendo, omnes socios obligare. Hoc autem fieri nequit a socio, quum societas privilegiis corporis potitur.

Punctum Secundum.

Quo modo constitui possit quis socius alicujus societatis, quantum attinet ad alios præter socios.

576. Quum ex pacto inter negotiatores inito lucra et damna communicanda sunt, socii inter se constituuntur; quod vero attinet ad alios, socii fiunt si partem tantummodo lucri capiant, et ideo is qui lucra participat, damni compensandi obnoxius erit, etiamsi ex pacto cum sociis inito ab ea expresse eximatur. Insuper potest quis qui socius est tantum *nomine tenus* cum ipsis sociis alicujus

societatis, pro vero socio haberi in eis quæ attinent ad obligationes societatis erga alios. Sic si Caius, qui neque lucra neque damna societatis participat, permittat ut nomen suum inter sociorum nomina ascribatur, aut si se in ejus negotiis agendis ita immisceat, ut homines rationabiliter putent eum inter socios numerari, damni compensandi obnoxius erit eis omnibus, qui negotia cum societate gerunt, aut qui fidem societati præstant, quia socium eum esse putant. Similiter si Caius falso affirmet se esse socium Petri, et Paulus hac falsa ratione motus merces eis præbeat, actio Caio tanquam socio intendi potest. Caius in his casibus socius nomine tenus [*a nominal partner*] dicitur. In hoc casu si rite indicatum sit Caium verum non esse socium, eis quibus hoc notum factum est ille non obligatur tanquam socius.

577. Quoniam nomina sociorum plerumque in designatione societatis non inveniuntur, et negotia a paucis ex sociis geruntur sæpe evenit ut aliquos complectatur socios, qui ut tales non cognoscuntur. Hi socii dormientes [*dormant*] appellantur; et regula juris generalis est, ut unusquisque verus socius, sive generaliter ut talis cognoscatur, sive non, eodem modo, quo alii socii, teneatur omnibus societatis debitis et obligationibus. Hoc plerumque verum est, etiamsi ex pacto cum sociis liberetur omnibus debitis et obligationibus societatis. Attamen necesse est ut societas contracta sit, antequam quis tanquam socius obligetur, propter aliquod debitum aut postulatum. Sic quum convenisset inter plures de certo negotio agendo, et pactum esset ut antequam negotium inirent, unusquisque certas merces compararet; quumque singuli merces fide sua propria emissent, easque societati in commune lucrum et damnum tradidissent, juste declaratum est singulos nonnisi ad solvendum pretium mercium quas ipse emisset cogi debere. Et idem dicendum est de actoribus, procuratoribus, nautis, &c., qui certam portionem lucri facti ex aliquo negotio accepturi sunt pro mercede operis et laboris, quoties ratio quæ existit inter partes non est sociorum, sed auctoris et procuratoris. Juvat hic proferre anglice ea quæ nuperrime de hac re, lege statuta sunt.

Ex 28 et 29 Vict. c. 86, statuitur: 1. That the advance of money by way of loan, *to a person engaged* or about to engage in any trade or undertaking, upon a *contract in writing* with such person that the lender shall receive *a rate of interest varying with the profits, or shall receive a share of the profits* arising from carrying on such trade or undertaking, shall not, *of itself*, constitute the lender a partner, or render him responsible as such.

2. That no contract for the *remuneration of a servant, or agent* of any person engaged in any trade or undertaking, shall, *of itself*,

render such servant or agent responsible as a partner therein, nor give him the rights of a partner.

3. That no person being the widow or child of the deceased partner of a trader, and *receiving by way of annuity a portion of the profits*, made by such trader in his business, shall *by reason only* of such receipt, be deemed to be a partner of, or to be subject to any liabilities incurred by such trader.

4. That no person receiving, by way of annuity or otherwise, *a portion of the profits of any business*, in consideration of the sale by him of the goodwill of such business, shall *by reason only of such receipt* be deemed to be a partner of, or be subject to the liabilities of the person carrying on such business.

578. Quanquam dictum est obligationes ejus qui socius *nomine* tenus est, easdem esse quas socii dormientis, attamen hoc sub respectu nonnihil discriminis inter eos interest; videtur enim socium nomine tenus non obligari eis qui tempore negotii cum societate initi ignorabant eum pro socio habitum esse; socium vero dormientem certe obligari eis omnibus qui negotia gerebant cum societate dum ipse socius fuisset. Deinde socius dormiens non ligatur nisi ei qui eum socium esse cognoverit, ullo contractu aut negotio quod peractum est *postquam* desiit esse socius; is vero qui communiter pro socio habetur, obligatur eis omnibus qui eum socium esse putabant, etiam postquam se in negotiis societatis immiscere, et se ut socium exhibere, desiit. Neque potest se ab obligationibus societatis etiam postea contractis liberare, nisi palam significaverit, v. g. in actis diurnis, se socium non esse.

579. Etsi ii omnes, inter quos pacto convenit ut aliquod negotium, etiam speciale, ita gerant ut lucra et damna communicentur, socii in hoc negotio fiunt; attamen nisi saltem lucra sint partienda, aut nisi alii cum eis singillatim sumptis negotia gerant, quia socii habentur, merum commune commodum eos socios non constituet. Sic Caius proxeneta a pluribus conductus ad theam emendam, magnam emit quantitatem, quæ inter ipsum et eos a quibus conductus est, certis partibus dividenda erat. Thea apud telonium modo consueto reposita est, et Caio traditum est scriptum quo agnitum est theam ibi acceptam esse [*the tea warrant*]. Caius, hoc instrumento in modum cautionis alteri tradito, pecuniam mutuam accepit; et quum actio intenta esset ad probandum societatem inter hunc et alios theæ dominos factam esse, declaratum est societatem inter eos non extitisse. Et idem declaratum est, quum emptor quidam, qui proxeneta non erat, plures res inter se et alios, sine communione lucri, dividendas emerat. Insuper quum societas quæ juribus corporis potitur, contractu aliquo jam

inito, novum socium accipit, qui jus obtinet ad partem lucri quod ex isto contractu speratur, is tamen non ideo efficitur pars contrahens, neque obnoxius damni reparandi, si quid forte inde evenierit. Ideo quum in societate argentaria quæ magnam summam pluribus creditoribus jam debebat, Caius inter socios receptus esset, nullo pacto inter veterem et novam societatem et creditores inito, quo nova societas debitis antea contractis obligata esset, declaratum est Caium omni obligatione circa hæc debita liberum esse. Quod vero attinet ad societates simplices, si societatis jam constituæ quis socius fiat, aut pecuniam in eam conferat, ita ut jus ad partem lucri acquirat, eis qui negotia cum societate gerunt obligabitur. Sivero societas nondum sit revera et definite constituta, quanquam Caius assentitur ut nomen suum in prospectu ascribatur inter eos qui initio delecti sunt ad tempus ut rem curent [*the provisional committee*], nisi in prospectu declaretur impensas a delectis solvendas esse, etiamsi ita agit quodam die ut se ob res tum gestas obnoxium reddat, non ideo obligatur ob res vel ante hunc diem, vel post eum peractas. Et expresse declaratum est Petrum, qui assensit ut nomen suum inseratur inter quosdam, qui ad tempus delecti erant ad viam ferream instituendam, se obnoxium non reddisse ob bona societati suppeditata aut ob opera quæ ejus causâ peracta sunt.

580. Si vero Caius pecuniam conferat ad societatem nondum definite constitutam, et aut magister societatis fiat, atque ut talis negotia ejus gerat; aut si se cum aliis conjungat ad res in usum societatis comparandas, obnoxius erit ob res quæ non ex fide alterius qui eas acceperit, sed ipsius societatis suppeditatæ erunt, quanquam facto [*the deed*] consociationis nomen suum nunquam subscripserit, et societas non solum non formata erit, sed etiam ex fraude, cujus is particeps non sit incepta erit.

Punctum Tertium.

Quo modo solvatur societas?

581. Societas, ut jam diximus, plerumque per scriptum instrumentum facto confirmatum, sub certis conditionibus quæ articuli consociationis dicuntur, constituitur. Si societas tantum in certum tempus initur, aut ad certum aliquod negotium agendum, tempore elapso, aut negotio peracto, solvitur. Et etiam ante tempus elapsum aut negotium peractum solvi potest mutuo partium consensu, aut, alterutra parte recusante, decreto tribunalis æquitatis, aut si quis ex sociis moritur aut foro cedit; his enim modis ex ipso jure semper solvitur societas. Tribunal vero æquitatis societatem ante tempus præfinitum non solvet, nisi ob

fraudem, aut culpam legalem crassam [*gross misconduct*] socii, aut quia non compos mentis est. Si vero societas ineatur, tempore in quod perduratura sit non præfinito, quivis ex sociis ad arbitrium ex ea decedere potest. Hæc vero omnia intelligenda sunt de sociis, quatenus ipsi secum rationem habent; quod enim attinet ad eorum obligationes erga alios, necesse est ut is qui a societate decesserit hoc palam proscribat in actis publicis [*the gazette*]. Si hoc non fecerit, neque nomen societatis mutetur, adhuc obligatur iis omnibus qui postea negotia gerent cum societate, qui ignoraverint eum socium esse desiisse. Et quum Caius ætate minor egisset tanquam socius Petri, donec fere major esset, sed probatum non esset eum ita unquam egisse post annum 21^{um} completum, declaratum est tamen eum obnoxium esse eis qui negotia postea gesserant cum Petro, quod existimassent ei societatem cum Caio fuisse, quia iste anno 21^o completo declarare debuerit se non jam socium esse. Julius vero, quum publice declaraverit se non amplius socium esse, non obligabitur eis qui dum ipse socius esset negotia cum societate non gerebant, etiamsi societas, sine tamen ejus expresso assensu, rem eodem nomine gerit; sed obligabitur eis qui negotia cum societate gerebant, dum ipse socius esset, nisi hi cognoverint eum socium esse desiisse, aut nisi expressum hujus rei nuntium acceperint. Quum vero quis ex sociis indicaverit se a societate decessurum esse, ex quo antiqua societas dissolvitur, onus probandi conjicitur in creditorem qui illi actionem intendit ob negotia postea cum societate gesta, se neque cognovisse, neque indicium accepisse, hunc socium esse desiisse. Itaque quum quis a societate decedit, opportuum est, prout usus communis fert, ut non tantum publice profiteatur, sed insuper literas ad eos qui negotia gerebant cum societate mittat, quibus declaret se socium esse desiisse. Et quod attinet ad id genus societatis argentariæ quod *joint-stock banking company* appellatur, quum indicatur Petro, uni ex ejus sociis, Caium socium esse desiisse societatis alicujus simpliciter dictæ, tunc censetur hoc soli Petro, non vero societati, indicatum esse. Et quanquam, quod ad societates simpliciter dictas attinet, tale indicium sufficeret, attamen indicium negotii quod inter unum socium et alium non socium bona fide non perficitur, non habetur pro indicio societati dato, neque potest societas obtinere dominium bonorum quæ fraude unius ex sociis, aliis nescientibus, acquisita sunt.

582. Quanquam autem in societate simpliciter dicta, non vero in societate quæ *joint-stock company* appellatur, quivis ex sociis facultatem habet *implicitam* conficiendi syngraphas et chirographa nomine societatis; attamen societate dissoluta, et indicio hujus rei dato, hoc facere nequit, etiamsi dies quo instrumen-

tum datum est, antecedit diem quo societas dissoluta est, et ille socius acceperit auctoritatem ad res societatis componendas. Si vero syngrapha confecta fuerit [*drawn*] antequam societas dissoluta est, Caius unus ex sociis nomen societatis a tergo instrumenti inscribendo, idque Julio solvendum esse scribendo, societatem obligat ad pecuniam ex eo debitam Julio solvendam, nisi fraus intercesserit. Et quum ob decessum alicujus ex sociis de societate, prior societas dissoluta est, socius vel socii qui permanent debita recipere possunt, et actiones intendere nomine societatis quæ dissoluta est.

Quum Petrus et Paulus socii conduxissent Caium ad negotia societatis gerenda in quatuor annos, et ante hoc tempus elapsum Petrus mortuus esset, declaratum est Caium exigere non posse ut Paulus ipsum ut ministrum societatis retineret, in totum tempus de quo convenerat. Quum declaratum sit secundum legis præscriptum a Caio et Julio, se dominos conjunctos esse ephemeridis [*a newspaper*], non ideo Caius obligabitur ob contractum cum solo Julio initum, postquam ipse aliquod commodi ex ephemeride percipere desierit.

§ 3. *De societatibus quæ quibusdam ex juribus corporum potiuntur, id est de societatibus quæ anglice joint-stock companies, et joint-stock banking companies, appellantur.*

Punctum Primum.

De societatibus quæ joint-stock companies appellantur.

583. Naturam, privilegia, et diversa genera corporum in tractatu de justitia exposuimus (*a*). Ibi vidimus corpora laica posse res tum immobiles, tum mobiles, pro se suisque successoribus tenere; actiones nomine corporis intendere; adversus ipsa hoc nomine jure agi; et socios quatenus sunt cives privati, debitis corporis minime obligari, neque cogi posse ea ex propriis ipsorum bonis solvere. Olim vero societas auctoritate privata sociorum constituta nullo ex his privilegiis potita est; neque hæc obtinere potuit, nisi aut diplomate regio, aut statuto parlamenti, corpus constitueretur. Ad hæc incommoda evitanda, plura statuta lata sunt a parlamento, quorum præcipuum est 25 et 26 Vict. c. 89, quod *The Companies Act* 1862 dicitur. Ex hoc statuto possunt

cives privati, auctoritate propria, se ipsi in corpus certis terminis circumscriptum [*a qualified corporation*] consociare; et quicquid emolumentum quisque ex sociis habet in societate, id ipse sine consensu aliorum sociorum abalienare potest. Necesse est, 1. ut societas constet ex *septem* minimum sociis, et ut ob finem legitimum consocientur. Si societate quæ constituta erat ex septem vel ex pluribus sociis, ad minorem numerum redactâ, socii superstites adhuc rem ultra sex menses gesserint, unusquisque ex illis qui sciens sic egerit, omnibus debitis quæ a societate post sex menses prædictos contrahentur, obligabitur, et actio uni tantum socio, ceteris prætermissis, ad debita exigenda intendi poterit. 2. Necesse est ut socii nomina sua literis consociationis [*a Memorandum of Association*] subscribant, et ut hæ literæ in tabulas referantur a commentariensi [*registrar*] qui huic numeri præpositus est, a consilio quod rei mercatoriæ moderandæ constitutum est [*the Board of Trade*]. Socii, societate in tabulas relata, corpus efficiuntur, cum jure perpetuæ successionis, sigilli communis, et quum agitur de societatibus quæstus causâ initis, agros tenendi et abalienandi (*a*). Negotia societatis a magistris [*Directors*] qui a sociis electi sunt, geruntur; et quanquam societas jura et obligationes corporis habet, attamen quicquid habet emolumentum ex re communi unusquisque ex sociis, id sine aliorum consensu abalienare potest (*b*). Quod attinet ad obligationes sociorum, hæ societates triplici modo constitui possunt. 1. Tota sors societatis confici potest ex totidem partibus [*shares*], quæ singulæ, v.g. 20 libris valeant. Ex literis consociationis ita constitui potest, ut v.g. Caius qui quinque habet partes, nunquam obligetur ad plus quam centum libras solvendas. Non raro accidit ut nonnisi quinæ vel denæ libræ ex singulis partibus exigantur, sed non plus quam viginti libræ ratione singularum partium exigì possunt. Talis societas dicitur circumscribi partibus [*to be limited by shares*]. Simul cum literis associationis subscribi possunt a sociis, si ita illis placuerit, articuli consociationis [*Articles of Association*], quibus

(*a*) "But no company, formed for the purpose of promoting art, science, religion, charity, or any other like object, not involving the acquisition of gain by the company, or by the individual members thereof, shall, without the sanction of the Board of Trade, hold more than two acres of land; but the Board of Trade may, by license under the hand of one of their principal secretaries or assistant secretaries, empower any such company to hold lands in such quantity, and subject to such conditions as they think fit." Steph. vol. 3, p. 144, n.

(*b*) By 24 & 25 Vict. c. 96, s. 81, any director, member, or public officer of any corporate or public company, in certain specified cases of fraud, is made guilty of misdemeanour, and may be punished by imprisonment or penal servitude. Ibid. p. 142, n.

regulæ continentur ad quas societas dirigenda est. Hi articuli per seriem numeris notati perscribendi sunt.

584. Constitui possunt 2. ita ut singuli socii certam summam contribuere teneantur, si necessarium erit res societatis componere aut ex ipsorum sociorum conventionem aut ex tribunalis Cancellariæ auctoritate. Hæc ratio res societatis componendi statim explicabitur, et societas sic constituta cautionibus limitata dicitur [*to be limited by guarantees*]. Denique societas ita constitui potest, ut socii ad omnia ejus debita, sine ulla restrictione, solvenda teneantur. Talis societas sine limite [*unlimited*] constituta dicitur. Quum societas utrolibet ex his duobus ultimis modis instituitur, necesse est ut simul cum literis associationis *articuli consociationis* a sociis subscribantur. Societate rite constituta, commentariensis [*the registrar*] manu sua fidem facere tenetur societatem ita constitutam esse ut corporis rationem habeat; et hoc testimonium ut argumentum ultimum accipiendum est, omnia præscripta juris necessaria servata esse, societatemque in tabulas rite relata. Quum obligationes sociorum pro numero et valore partium [*shares*] circumscribuntur, necesse est ut hoc verbum circumscriptum [*limited*] sit ultimum in titulo societatis (a), et ut commentariensis declaret quum societatem in tabulas referat, eam limitibus partium circumscriptam esse. Sed nulla argentaria in Magna Britannia, neque in Hibernia emittere potest tesseræ ex quibus pecunia solvenda est, statim ac possessor eam postulaverit [*payable to the bearer on demand*], et quæ sicut aurum signatum de manu in manum transferri possunt (exceptis casibus infra expositis) sine expressa auctoritate parlamenti, et nunquam conceditur ut obligationes sociorum, quantum ad has tesseræ attinet, ullo modo circumscribatur. Insuper omnis argentaria quæ ita constituta est, ut obligationes sociorum partibus circumscribantur, et omnis societas quæ ita constituta est, ut socii certam summam contribuere teneantur, si necessarium erit res societatis componere, et eæ quæ *deposit*, *provident*, aut *benefit societies* anglice appellantur, astringuntur antequam negotium gerere incipiant, et primo die lunæ mensis Februarii et Augusti singulis annis, rationem sortis, debitorum, lucri et damni integre conficere, ejusque exemplar exhibere in omnibus tabernis in quibus negotiantur.

585. Necesse est ut omnis societas (exceptis argentariis de quibus infra agemus), quæ quæstus causâ constituitur, et ex pluribus quam viginti sociis constat, in tabulas modo exposito referatur, aut ut ex statuto speciali parlamenti aut ex literis regis patenti-

(a) Sic v. g. se habet titulus: Union Bank of Ireland (*limited*).

bus formetur (a). Quum obligationes sociorum pro numero et valore partium restringuntur, quantum pecuniæ requiritur ad res societatis componendas, servatis finibus præscriptis, id a sociis exigi potest; et quum ex literis associationis unusquisque ex sociis se obligaverit ad certam summam solvendam, si necessarium fuerit res societatis componere ut dissolvatur, hanc summam tantum, aut aliquam ejus partem, solvere cogi poterit. Quum obligationes sociorum nullis finibus terminantur, omnes eorum possessiones et bona, quorum dominium habent, ab eis exigi possunt, quantum ad obligationes societatis dissolvendas requiratur. Quocumque modo obligationibus societatis astringuntur socii, tenentur tantundem contribuere, intra fines jam expositos, quantum necessarium est ad debita societatis solvenda, et ad pecuniam suppeditandam quæ necessaria sit ad res societatis componendas, et ad ipsam societatem dissolvendam. Debitis societatis, quum res ejus componuntur ut dissolvatur, tenentur non tantum ii qui socii sunt tempore dissolvendi, sed et ii qui ante hoc tempus desierunt esse socii, dummodo 1. debitum contractum fuerit antequam a societate secesserint, et 2. dummodo adhuc socii permanentes in societate debita ejus solvere nequeant; hi enim primo loco, et antequam quidquam exigi possit ab eis qui socii esse desierunt, tenentur obligationibus societatis satis facere. Præterea ii qui desierunt esse socii uno anno aut amplius, antequam res societatis componuntur ut dissolvatur, debitum ejus et obligationibus prorsus liberantur, exceptis argentariis de quibus infra agetur.

586. Quivis cui plus quam 50 libræ debentur a societate, sive ex jure sive ex æquitate, quum pecuniam debitam postulaverit per literas nomine suo subscriptas, traditasque apud eam societatis tabernam, de qua relatum est in tabulas, si debitum non fuerit solutum intra tres hebdomades, libello supplici adire potest tribunal Cancellariæ, quo exigit ut res societatis componantur. Et idem fieri potest a creditore, qui obtinuerit judicium tribunalis juris com., aut decretum æquitatis, si rescripto executionis vi judicii aut decreti contra societatem edito, debitum non sit solutum. Tribunal Cancellariæ potest negotium remittere ad tribunal quod institutum est ad componendas res eorum qui foro cesserunt. Tribunal a quo negotium administratur, refert in indicem nomina eorum, qui pecuniam conferre tenentur ad obligationes societatis dissolvendas, a quibus tantum exigit pecuniæ certis pensionibus solvendum, quantum opus est ad debita societatis et impensas solvendas; et si hoc fieri nequit, tantum a sociis exigitur quantum

(a) Companies working mines within and subject to the jurisdiction of the stanneries are exempted.

conferre tenentur. Potest tribunal etiam aliquem constituere ad bona societatis occupanda, et ad ea postulanda quæ alii societati debent, quæque ipsa aliis debet solvenda, qui official liquidator dicitur.

Non tantum creditores societatis, sed et ipsa societas, aut aliqui ex sociis petere possunt a tribunali Cancellariæ ut res ejus componantur modo exposito. Simul atque res societatis compositæ sunt, decretum ad eam dissolvendam a tribunali editur.

Potest autem societas ex consensu sociorum res suas componere. Consilio [*a resolution*] de hac re a sociis capto, aliquis constituitur ad bona societatis administranda, ad postulata exigenda, ad debita solvenda, &c., qui indicem conficit eorum qui ad obligationes societatis dissolvendas contribuere tenentur, pecuniam diversis pensionibus dandam [*makes calls*] ab eis exigit, et alia omnia facit quemadmodum si a tribunali constitutus esset. His omnibus peractis, societas consensu et voluntate sociorum dissolvitur.

Punctum Secundum.

De societatibus quæ Joint-stock Banking Companies appellantur.

587. Societates argentariæ, sicut aliæ societates, sunt aut privatæ aut corpora, qualia jam supra exposuimus. Societas privata argentaria constare non potest ex sociis plus decem. Quum numerus sociorum decem excedit, eadem præscripta servanda sunt, quæ in aliis societatibus ad lucrum faciendum constitutis, quum numerus sociorum 20 exsuperat. Jam diximus nullam argentariam quæ potestatem habet conficiendi tesseras, ex quibus pecunia solvenda est possessori, quæque de manu in manum, sicut aurum signatum, tradi possunt, efficere posse ut sociorum obligationes, quantum attineat ad pecuniam quæ ex his tesseris solvenda est, certis terminis definiantur. Lex lata est A. D. 1844, qua vetitum est ne qua Argentaria ederet tesseras ex quibus pecunia solvenda esset possessori statim atque solutio exigetur, eis exceptis quæ die 6 mensis Maii illius anni ex usu tesserarum hujusmodi legitime edebant. His permissum est ut tesserarum emitterent quæ, quanti jam antea, valerent. Si vero talis argentaria aut foro cederet, aut rem argentariam gerere, aut tesserarum emittere desineret, privilegium amitteret. Potest tamen omnis argentaria legitime constituta negotiari syngraphis, chirographis, et etiam tesseris, ex quibus tamen pecunia postulanti non statim solvenda est, sed tempore aliquo post diem quo tessera data est [*bank bills*]. Omnes argentariæ (exceptis eis quæ Anglica, Hibernica, et Scotica

simpliciter dicuntur) tenentur intra 15 dies a die primo mensis Januarii numerandos, singulis annis, curatoribus vectigalium domesticorum [*the Board of Inland Revenue*], dare indicem nominum, habitationum, et negotiorum omnium sociorum, et in eo notandum est nomen ipsius societatis, et loci aut locorum ubi negotia gerit. Curatores prædicti exemplum hujus indicis in actis publicis, quæ in oppido vel comitatu ubi argentaria negotia gerit circumferuntur, ante diem primum mensis Martii singulis annis, evulgare tenentur.

588. Jam diximus eos qui ante annum integrum desierint esse socii, servatis tamen præscriptis supra expositis, obligationibus societatis liberari. Quod vero attinet ad societates argentarias, obligationes eorum qui fuerunt quondam socii non ante dissolvuntur quam tres anni integri præterierint ex quo socii esse desierint; ita tamen ut ii qui socii sese permanent semper primo loco teneantur, et ii qui socii esse desierunt, nonnisi in priorum defectu. Quod attinet ad societates argentarias quæ constitutæ sunt post legem latam, de qua supra diximus [*the Companies Act, 1862*], possunt obligationes sociorum, modo exposito, partibus circumscribi; sed tali argentariæ tesseras possessori postulanti statim solvendas emitte non permittetur. Societates vero argentariæ quæ ante hanc legem latam extiterunt, obligationes sociorum eodem modo circumscribere possunt, sese in tabulas modo exposito referendo, sed non ideo restringitur eorum obligatio, quantum attinet ad tesseras ex quibus pecunia possessori solvenda est statim atque postulaverit, quemadmodum supra exposuimus. Insuper quanquam argentaria ante legem prædictam latam constituta se in tabulas tanquam societas partibus circumscripta referre potest, tenetur triginta saltem diebus antequam scriptum testimonium [*a certificate*] hujus rei obtineat, indicare singulis hominibus et societatibus quæ negotia cum ipsa gerunt, se agere ut in tabulas ut societas partibus circumscripta referatur.

589. Præscripta juris nostri de contractu societatis, quæ hactenus exposuimus, æquitati naturali prorsus consona sunt, et ad fraudem et injustitiam præcavendam lata. Ea ergo fideliter servari oportet a societatibus, præsertim quæ ad negotia gerenda constituuntur. Attamen fraudibus turpissimis societates quædam homines circumveniunt; quum socii ipsi per se quisque eodem modo agere erubescerent. Socii videntur putare se in foro conscientiæ minime obligari ex fraudibus quæ a tota societate admittuntur. Societates aliquando constituuntur ad vias ferreas construendas non tantum in nostra sed et in exteris regionibus, ad damna quæ ex incendiis, ex tempestatibus, &c., eveniunt præstanda, ad certam pecuniam ob præmium annuum solvendam quum

certus homo morietur, ad metalla exercenda, et ad innumera alia negotia agenda, quarum auctores optime sciunt futurum esse ut pecuniæ in hæc negotia impensæ deperdantur, et multæ familiæ idcirco in egestatem aut in ruinam dejiciantur. Primo inducunt quōsdam homines qui valde divites et mediocriter probi habentur, ut permittant ut ipsi in numerum magistrorum [*the directors*] ascribantur. His aliisque magistris merces annua non parva tribuitur, multæ partes [*shares*] eis assignantur, pro quibus non raro ne unum quidem nummum solvunt, pecunia vel directe vel indirecte datur uni aut alteri ex eis qui acta publica divulganda curant, a quibus societatem esse florentissimam prædicatur; et his modis pretium partium multum augetur. Quidam ex magistris tunc magnum numerum suarum partium vendunt, alii autem omnibus venditis, et magistri et socii simul esse desinunt. Post aliquod tempus pretium partium vilius fit, aut fortasse nihil pro eis datur; societas aut voluntarie a sociis, aut ex decreto Cancellariæ dissolvitur, et ii qui bona fide pecuniam contulerunt, plerumque parum aut nihil recuperant, et sæpe etiam aliam pecuniam conferre tenentur, ad debita societatis exsolvenda.

590. Plurimis etiam aliis modis injustitia in societatibus constituendis et administrandis committitur. Nuperrime in America septentrionali quidam homines paucos adamantas et lapides pretiosos in loco quodam remoto per humum sparserunt. Deinde territorium istud, cum jure habendi omnes adamantas et lapides pretiosos, et metalla auri et argenti in eo inventa emerunt. Territorium adamantibus et lapidibus pretiosissimis abundare prædicarunt; et quosdam homines ad locum adduxerunt, qui ibi revera adamantas aliquos invenerunt. Hoc cognito societas cito instituta est ad res illas pretiosas colligendas; auctores fraudis partes quas acceperant et ipsum territorium magno pretio vendiderunt, sed antequam fraus detecta est effugerunt. Manifestum est eos omnes qui in hujusmodi fraudes sive directe sive etiam indirecte, scientes conspirent, prædicando has societates esse florentissimas, ad restitutionem teneri. Quum vero societas bona fide instituitur, manifestum est auctores ejus licite et honeste, secluso dolo et fraude, posse alios invitare ut eam ineant. Obligationes eorum qui veri sunt socii et ut tales cognoscuntur, tum inter ipsos tum erga alios, legibus juste præfiniuntur. Sola difficultas quæ existere potest pertinet ad obligationes sociorum dormientium qui dicuntur, et eorum qui tantum nomine tenus sunt socii, erga eos qui in societate non sunt, quum ipsa solvendo non est. Jamvero dubitari non potest, quin is qui socius nomine tenus sit, teneatur in conscientia solvere debita eis creditoribus qui credentes eum esse socium, ideo negotia cum societate gesserunt, quum solutio-

nem ab ipsa societate obtinere nequeunt. Non autem obligatur eis qui eum socium esse non putabant; et si hi postea falso affirmant se ex fide illius nominis negotia cum societate gessisse, et sic debita sibi ab illo exigant, justitiam violabunt et ad restitutionem tenebuntur. Huic doctrinæ præscripta nostri juris prorsus consona sunt. Quod attinet ad socium dormientem, contractus inter ipsum et alios socios justus est, si sine fraude ineatur, et si æqualitas secundum ea quæ de pretio agentes diximus servetur; quod ad alios, tenetur eodem modo, quo alii socii, quamdiu in societate manet. Si ergo societas ita instituat ut obligationes sociorum pro numero et valore partium circumscribantur, tenetur ipse totam summam quæ ex suis partibus debetur, et nihil amplius solvere; si vero obligationes sociorum non limitentur, omnes suas possessiones et bona conferre tenetur, si hoc necessarium sit ad debita societatis solvenda. Quum vero socii dormientes de societate decedunt, necesse non est ut hoc publice denuntient, ne teneantur obligationibus a societate contractis cum eis qui ignorant eos socios fuisse, et negotia cum ea nonnisi postquam ii socii esse desierint gerent. Quod attinet vero ad eos qui negotia cum societate gesserunt dum ipsi socii essent, eodem modo ex jure eis ligantur quo alii socii professi, qui societatem dereliquerint, atque ideo si deprehendatur eos socios fuisse, actio eis modo supra exposito intendi potest. Et sine dubio sententiæ contra ipsos latæ in conscientia, parere tenentur. Ante sententiam respiciendi sunt tanquam socii professi qui societatem aperte dereliquerint, et quorum fide res pecunia non præsentī ei venditæ non erant. Si quum quis socius esse desiit, societas solvendo erat, ante sententiam ad nihil tenetur; si vero societatem dereliquerit quum ea solvendo non erat, neque rationabiliter sperari potuit eam negotiando debita solvere posse, tenetur hæc debita solvere eodem modo quo tenebatur si socius permansisset. Quanquam actio socio dormienti, aut ei qui socius est nomine tenus, intendi potest, attamen hoc necessarium non est, namque, his prætermisissis, actio solis socii veris et professis intendi potest.

Punctum Tertium.—De contractu trino.

595. Contractus trinus est pactum quo contractus societatis, et assecurationis, quam vocant, et venditionis et emptionis inter eosdem homines et eodem tempore ineuntur. Pactum sic conficitur. Caius, vir negotii gerendi peritus, quum indiget pecunia ad negotiandum, dicit Julio: si societatem mecum inieris et mille libras ad negotia gerenda contuleris, lucrum 300 librarum in

singulos annos consequi poterimus, cujus dimidiam partem tibi reddam. Julius dicit se paratum esse societatem inire et pecuniam præstare; sed quum timeat ne in negotiando ipsa sors pereat, alterum contractum conficit cum Caio, quo is promissis 50 libris, de lucro quod Julius sibi obventurum sperat deducendis, de sorte cavet. Julius nunc sine ullo periculo sortis 100, et Caius periculo sortis suscepto 200, ex negotio lucraturus se sperant: Julius vero, timens ne parum aut nihil lucri accipiat, vendit Caio spem suam 100 lucrandi ob 50, utcumque casura res est solvendis. Ad rem nihil attinet utrum hic tertius contractus nomine venditionis et emptionis an assecurationis lucri vocetur.

“Hic porro” ait Benedictus XIV. (a) “est trinus ille contractus, quem celebrem fecit exorta inter Dom. Sotum et Navarrum discordia. . . . Causa delata est ad SS. PP. Sixtum V., qui duplicis securitatis pactionem societati adjectam usurariam pronuntiavit, eamque deinceps fieri prohibuit constitutione *Detestabilis*. Et nihilominus nondum causa finita est: siquidem plures, et non obscuri nominis posteriores theologi trinum contractum ab omni usuræ reatu absolvunt, et licite etiam nunc fieri posse defendunt. . . . Neque his negotium facessit constit. Sixti V.; aiunt enim cardinales Toletus et S. Severinæ, quibus concinnandæ constitutionis cura fuerit commissa, Sixti mentem fuisse damnare duntaxat conventiones et pacta quæ *in se* injusta, illicita, et usuraria forent.” Ideo ipse Benedictus in fine capituli citati dicit: “neque Apostolica sedes opinioni (quæ docet contractum trinum licitum esse), etsi minus congruere videatur Sixtinæ constitutioni, *ullam hactenus censuram inussit.*”

596. Itaque justitia vel injustitia contractus trini ex ratione dijudicanda est. Porro Julius, societate inita cum Caio, pactum conficere potest cum Petro, quo hic justa mercede pacta, recipit se sortem præstaturum te lucrum certum soluturum; quia spes lucri ex parte Petri satis esse potest et debet ad compensandum periculum damni quod incurrit. Insuper possunt hi tres contractus inter ipsos socios diversis temporibus juste confici. Sic societate inita inter Caium et Julium modo supra exposito, et quibusdam negotiis peractis, Julius timere incipit ne sortem perdat, quo cognito Caius sponte recipit, se sortem tutam præstaturam, pacta mercede 50 librarum quæ de lucro quod Julius sperat se consecuturum deducendæ sunt. Hoc pactum certe licitum est; quia lucrum speratum potest esse justa compensatio periculi quod Caius incurrit. Deinde potest Julius hoc pactum juste conficere cum Petro, quocum societate non conjungitur; quid ni ergo cum

(a) De synodo., lib. x., c. 7, nn. 3 et 4.

socio? Sed dicunt societatem destrui, nisi periculum sortis apud Julium maneat. Sed hoc falsum est; quia non minus tuta est quum pactum de ea præstanda cum Petro, quam quum cum Caio, initur. Post contractum de præstanda sorte confectum, Caius sponte recipit se 50 soluturum Julio, ea conditione ut totum lucrum ex negotio percipiendum sibi concedatur. Hoc pactum esse justum eisdem argumentis probatur. Sed si hi tres contractus inter eosdem homines diversis temporibus juste iniri possunt, quid ni eodem tempore, si bona fide conficiantur? Respondent ii qui tenent trinum contractum esse illicitum, de essentia contractus societatis esse, ut periculum damni sit commune; aliter enim dominium sortis ad Caium transiturum sit, qui ea ad arbitrium uti possit, ideoque contractum sic initum purum esse mutuum. Certe si sola societas sine ullo alio pacto iniretur, periculum damni debet esse commune; sed pacto addito quo Caius, pretio statuto, suscipit periculum sortis, minime destruitur societas, neque in mutuum transit; sicut in commodato, secluso alio pacto, si res pereat sine culpa, commodanti perit; attamen ob justam rationem pactum fieri potest, ut pereat commodatario, ita ut etiamsi casu perierit, hic teneatur rem ejusdem pretii reddere commodanti. Neque hoc pacto destruitur contractus commodati, neque dominium rei commodatæ in commodatarium transfertur. Ideo "communior sententia defendit licitum esse trinum contractum, dummodo absit animus fœnerandi, et omnino obligetur socius pecuniam accipiens, ut illam ad negotium applicet" (a). . . Addit S. Alph. (b) "et ego (eam) satis probabilem reputo. Cæterum quia non potest negari hujusmodi contractum periculo non carere animi usurarii; hinc censeo expedire, ut sententia (quæ eam licitam esse negat) universe omnibus suadeatur."

597. Nos ob auctoritatem præsertim tantorum doctorum negare non audemus hanc sententiam esse probabilem, sed eam ad usum parum aut nihil conferre affirmamus. Plures enim ex auctoribus qui eam defendunt docent lucrum certum quod exigi possit adeo moderatum esse, ut ne ad fenus quidem vulgare quod nunc ex pecunia mutua percipi possit pertingat (c). Nostrâ sententiâ lucrum certum quod ex contractu trino in se solo spectato juste percipi potest, excedere non debet fenus legitimum aut vulgare pecuniæ mutuæ; quia in hoc pacto nullus reperitur titulus quo amplius accipi possit. Certe si Julius qui sortem suppeditat,

(a) S. Alph. de 7^o. præcepto., n. 908, qui ibi plures maximi nominis theologos in gratiam hujus opinionis adducit. Cf. etiam plures alios ap. Salmant. de contract., c. 3, n. 101.

(b) Ibid. in fine.

(c) Cf. Lugo disp. 30, n. 40.

operam et laborem in negotio gerendo impendat, aut si tamquam socius cognitus sit, et ideo periculum incurrat debita solvendi eis qui cum societate negotiantur, propter hæc justam compensationem accipere potest; sed si nullam operam ad negotium gerendum conferat, neque tamquam socius cognitus est, nihil ultra fenus legitimum aut vulgare pecuniæ mutuæ licet ei accipere. Nullus enim alius adest titulus; non negotiationis, quæ tota fit a socio, neque periculi sortis neque lucri, quia nullum tale periculum existit. Et revera fatemur nos percipere non posse quid intersit inter contractum trinum et cum quo pecunia mutua ad negotia gerenda datur. Qualis enim est illa societas negotii gerendi, in qua unus ex sociis nihil neque lucrari neque amittere possit? Neque ulla paritas existit inter contractum trinum et commodatum in quo commodatarius periculum rei suscipit; quia rem commodatam retinere et conservare tenetur commodatarius, et hanc ipsam rem, nisi inopinato pereat, domino restituere; dum ex ipso pacto tenetur mutuans pecuniam mutuam abalienare ut mutuarius ex ea merces comparet. Ex nostro autem jure sine communicatione saltem lucri vera societas confici nequit.

598. Hic tamen tantummodo loquimur de tribus contractibus, quum eodem tempore inter ipsos socios ineuntur; si enim successive tantum, conficiuntur et sine ulla obligatione tempore societatis ineundæ imposita, ut alia pacta postea addantur, putamus hæc postea juste confici posse. Insuper ut jam de contractu societatis agentes exposuimus, ex jure nostro contractus societatis ita confici potest, ut Caius unus ex sociis de sorte Julii alius socii præstanda caveat. Et hoc pactum, mercede sufficienti pro cautione data, justum est, et societatem minime destruit; quia si negotium successu caruerit Julius nihil lucri accipiet; si vero prospere processerit, justam portionem consequetur, et ideo illius interest ut res bene tractentur. Sed ei non permittitur se eximere ex obligationibus quibus societatem sibi obstrictam habent ii qui inter socios non numerantur. Et hoc præscriptum gravissimum et justissimum est, quanquam de obligationibus societatis et sociorum cum aliis nihil fere dicunt auctores.

599. Quod attinet vero ad trinum contractum, hic in nostro jure tamquam *vera societas* non agnosceretur; et ideo si quum leges contra usuram vigeant, plus lucri acciperetur quam ex pecunia mutua percipi posset, contractus usurarius et injustus haberetur. Nunc vero abrogatis legibus municip. contra usuram, mutuator societatem cum mutuuario nunquam init; quia quanquam talis contractus pro vera societate, quantum ad ipsos socios, non haberetur, attamen, ut supra exposuimus, sæpe haberetur pro vera societate, quatenus ad alios attinet, et ideo si ea solvendo

non esset, mutuator juste cogeretur ea quæ illa deberet solvere. Nunc ergo usurarii duplicem tantum incunt contractum, mutui et assecurationis, quo fenus enorme et injustum sine ullo periculo aut sortis aut feneratoris exigunt.

Quod attinet ad jus unius socii actionem alteri intendendi de rationibus, aut de aliis rebus ad ipsam societatem spectantibus, regula generalis est, ut talis actio intendi ne possit apud tribunalia juris com., sive societas sit generalis sive ad alicujus specialis negotii causâ inita. Attamen si in societate conficienda facto expresse pactum sit ut socii ad certas res agendas aut evitandas teneantur, et si unus ex sociis hoc pactum violet; aut si rationibus inter eos ad extremum compositis, certa et determinata summa uni debeatur; aut si ostendi possit rem de qua disceptetur non attinere ad negotia societatis, actio apud tribunal juris com. intendi potest. Sed plerumque, quum unus socius actionem alteri intendere vult, ad tribunal æquitatis recurrere necesse est; tribunalia enim æquitatis fere exclusivam sibi vindicant jurisdictionem circa ea quæ attinent ad rationes reddendas, et ad obligationes societatum quæ lucri faciendi causâ coeuntur.

DISPUTATIO TERTIA DECIMA.

DE CETERIS CONTRACTIBUS SUPRA N. 494 NUMERATIS.

§ 1^a. De eis pactis solennibus, quæ anglice bonds appellantur.

600. Pactum quod *bond* dicitur, est instrumentum sigillo munitum quo Caius se obligat ad certam pecuniam die præstatuto Julio solvendam. Si pecunia absolute solvenda sit, pactum seu obligatio simplex [*single*] dicitur. Si vero conditio adjecta sit, ut si is qui pecuniam solvere tenetur, certum actum fecerit vel certam conditionem observaverit ante diem statutum, obligatio ex pacto irrita futura sit, dicitur pactum solenne sub conditione [*a bond with condition*]. Summa solvenda si conditio non impleatur, in modum pœnæ imponitur [*is in the nature of a penal sum or penalty*]; et plerumque longe excedit eam quæ sufficeret ad damnum quod ex violatione pacti sequitur compensandum. Sic si Caius mille libras mutuas det Julio, qui se obliget pacto solenni ad sortem cum fenore tempore statuto solvendam, ad summam duplo majorem debito, id est ad duo millia librarum solvenda hoc pacto se obligat. Attamen hæc tota pecunia solvenda non est, si conditio violetur, sed quanta necessaria erit ad solvendam sortem, et fenus, et impensas, et si qua alia damna passus fuerit Caius ex conditionis violatione. In ipso facto semper statuitur ut obligatio Julii ad duo millia librarum solvenda, futura sit irrita si tempore statuto mille libras cum fenore solverit. Si hoc non fecerit, ejus obligatio ad duo millia librarum solvenda fit absoluta, attamen tota summa solvenda non erit, sed quanta necessaria erit ad damna compensanda [*it is not liquidated damages but a penalty*] (a). Hæc dicuntur de pacto solenni conditionato, si enim instrumentum esset absolutum, debitor ad totam summam in eo commemoratum solvendam teneretur. Exemplum pacti solennis

(a) Cf. supra, nn. 263 et seq., ubi discrimen inter summam quæ tota solvenda est et eam quæ tantummodo solvenda est, in quantum necessaria est ad damna compensanda, exponitur.

sub conditione, quo Julius se obligat ad mille libras solvendas, hic anglice subjicere juvat.

“Know all men by these presents that I Julius, of the town of Lucan and Co. of Dublin, farmer, am held and firmly bound to Caius, of the town of Leixlip in the Co. of Kildare, haberdasher, in the penal sum of £2000, to be paid to the said Caius, or to his executors, administrators, or assigns, for which payment to be well and truly made, I bind myself, my heirs, executors and administrators, firmly by these presents. Sealed with my seal. Dated this 30th day of April in the year of our Lord, 1873.

“The condition of the above written bond is such, that if the above bounden Julius, his heirs, &c., or any of them, do and shall well and truly pay or cause to be paid unto the said Caius, his executors, &c., the sum of £1000 on the first day of May, 1874, with interest for the said sum of £1000 at and after the rate of £5 per cent. per annum, without any deduction or abatement on any account whatsoever (except income tax, if any), then the above written bond shall be void, and of no effect, otherwise the same shall remain in full force and virtue.

“Signed, sealed, and delivered by the above
 bounden Julius in the presence of Sylvius } JULIUS.” (locus
 of the town of Lucan, draper, } sigilli.)
 SYLVIVS.

601. Si summa non tota simul, sed pensionibus, persolvenda est, tempus quo singulæ pensiones solvendæ sunt in instrumento declarandum est. Hoc instrumento de multis aliis rebus præstandis caveri potest, ut de solutione census annui, de opere aliquo recte et tempore debito perficiendo, et de muneribus officii gravis rite obeundis. In hoc ultimo casu unus vel plures simul cum eo qui munus accipit spondent eum muneribus ipsius rite et fideliter functurum. Exemplum hujusmodi instrumenti, in quo unus sponsor simul cum eo qui munus accipit conjungitur, anglice scriptum accipe.

“Know all men by these presents that we, Peter, of Lucan, &c. (the person filling the situation), and Paul, of Leixlip, &c. (the surety), are held and firmly bound to Caius, of Lucan, &c. (the master), in the sum of £1000, to be paid to the said Caius, his executors, &c., for which payment to be well and truly made, we and each of us bind ourselves and each of our heirs, &c., firmly by these presents. Sealed with our seals. Dated this 30th day of April, A. D. 1873.

“Whereas the said Peter hath lately been appointed to and now holds the office of (clerk) in the house of business of the said Caius. Now the condition of the above written bond is such,

that if the said Peter shall from time to time and at all times hereafter, so long as he shall hold the said office of (clerk), duly and regularly account for and pay to the said Peter, or to such person or persons as he shall appoint for that purpose, all moneys which shall come to his hands, either in the capacity of (clerk) as aforesaid, or by any other means, on account of the said Peter, his executors, &c., and in every other respect fully and faithfully perform and discharge the duties and obligations which from time to time shall devolve on him in such capacity as aforesaid, then the above written bond shall be utterly void, otherwise the same shall remain in full force and virtue.

“Signed, sealed and delivered by the said Peter } PETER. [Seal.]
and Paul in the presence of Julius, of the }
town of Leixlip, draper, } PAUL.” [Seal.]

JULIUS.

602. Si conditio, qua posita obligatio irrita fit, sit impossibilis, aut incerta et dubia, aut si intelligi nequeat tum quum instrumentum conficitur, ipsa irrita est, et obligatio simplex et absoluta est. Si vero conditio sit illicita aut illegalis, totum instrumentum irritum est, etiamsi eam illicitam aut illegalem esse ex facie instrumenti non appareat, dummodo aliunde probetur contrahentes conditionem talem ponere voluisse. Si vero plures sint conditiones omnino distinctæ, quarum quædam tantum sunt illicitæ, instrumentum ratum est, et obligatio stat aut aufertur, prout conditiones licitæ servatæ sunt vel non servatæ. Si vero conditio, quæ possibilis et licita erat eo tempore quo instrumentum confectum est, postea impossibilis fiat, *actu Dei* aut *illius* in cujus gratiam instrumentum confectum est, aut illicita v. g. per novum statutum parlamenti, obligatio omnino desinit. Insuper per 4 et 5 Ann. c. 16, statutum est de hujusmodi instrumentis ex quibus pecunia solvenda est, ut conditio irrita ne efficiatur, quia pecunia non solvatur die præfinito, dummodo soluta fuerit antequam actio ad eam exigendam intendatur. Et si actio intenta fuerit, is unde petitur liberare se potest deponendo apud tribunal summam sufficientem ad sortem, et fenus, et impensas solvendas. Et alio statuto præscriptum est, ut quum conditio non ad pecuniam solvendam sed ad alios actus attinet, jurati inquirere teneantur quantum damni ex violata conditione petitor revera passus sit, et ut hic, quanquam judicium pro tota summa in modum pœnæ imposita exigere possit ad se tutum præstandum contra futuras conditionis violationes, non possit tamen rescriptum executionis obtinere, nisi pro summa quæ a juratis determinata fuerit. Hæc præscripta ad tribunalia juris com. attinent; tribunalia enim æqui-

tatis nunquam ex hujusmodi instrumento petitori concedebant plus pecuniæ quam ad quantum sortem et fenus et impensas solvendas sufficebat.

603. Operæ pretium est hic annotare eum reum esse feloniam qui furatur, aut ex fraude abscondit, aut destruit, aut obliterat instrumenta quæ ad titulum rerum immobilium attinent; aut pacta solennia [*bonds*], facta [*deeds*], syngraphas, chirographa, aut alia scripta quibus de rebus æstimatione dignis præstandis cautum est. Ejusdem criminis reus est is qui furatur, aut destruit, aut abscondit, aut delet [*cancels*], aut obliterat, vel omnino vel ex parte, testamentum aut codicillos, sive vivente testatore sive mortuo.

§ 2^a. De cambio, de syngraphis, et de chirographis.

604. Cambium significat permutationem sive pecuniæ sive aliarum rerum. Hic autem sumitur pro contractu quo pecunia permutatur cum aliquo lucro mensarii. Cambium dividitur in *manuale* seu *minutum*, et *locale* seu *per literas* factum. Cambium manuale est permutatio pecuniæ præsentis unius formæ aut materiæ cum pecunia alterius formæ aut materiæ. Hæc permutatio fit quum datur argentum signatum pro auro signato aut contra. Quum sic permutatur pecunia nostra, nulla merces pro permutatione exigitur; quia quanquam argentum signatum pluris æstimatur, quam massa infecta ejusdem ponderis, attamen, quoniam apud nos non plus fere argenti signatur quam quantum satis est ad debita minuta solvenda, et ad res comparandas quæ parvi emuntur, plures semper præsto sunt qui aliam pecuniam pro hac secundum suum pretium legitimum libenter commutant. Hinc fit ut nemo sit apud nos qui negotium gerat commutandi hujus generis pecuniam, sive ex auro, sive ex ære signato confectam. Plures tamen tum apud nos tum apud exteros sunt qui negotium exerceant commutandi aurum aut argentum signatum unius gentis pro auro aut argento signato alius, et contra. Sed etiam horum negotium præcipue versatur in commutandis tesseris argentariarum, syngraphis, chirographis, et aliis promissionibus scriptis ex quibus pecunia solvenda est unius gentis, pro pecunia, tesseris, &c., alius.

Quod attinet vero ad mensarios qui commutant pecuniam signatam unius gentis pro pecunia signata alius, licet eis lucrum moderatum ex hoc negotio facere. Sed revera nunc hæc res nullam parere potest difficultatem, quia in omnibus fere urbibus apud gentes exultas negotium permutandi pecuniam exterarum gentium a nummulariis et argentariis exercetur, et merces

solvenda pro commutatione palam apud eos qui re pecuniaria negotiantur, quovis tempore determinatum est. Quum argentaria potest et tenetur pecuniam ex suis tesseris debitam statim solvere, hæ tesseræ etiam in exteris gentibus ubi in usum veniunt, idem valent atque aurum signatum, ut v. g. tesseræ argentariæ Anglicæ: ubi vero tesseræ quæ æque valent domi atque aurum signatum, in usum non veniunt, aliquid exigere potest ratione laboris et impensarum quæ necessariae sunt ad pecuniam ex eis debitum exigendum. Tales sunt tesseræ argentariæ Hibernicæ vel Scotticæ.

603. Plerumque tamen cambium non tantum inter diversas gentes, sed etiam inter diversas urbes ejusdem gentis fit *per literas*. Argentariis enim nunc apud omnes gentes excultas constitutis, hi ubique inter se commercio literarum junguntur; unde si Caius qui habitat Londini vult pecuniam mittere Parisios, non ipsum aurum signatum mittit, quod sine periculo et sumptu fieri nequit; sed tradit pecuniam argentario Londiniensi, a quo obtinet literas ex quibus pecunia Parisiis solvetur. Sic si Caius mercator Londiniensis debeat mille libras Julio mercatori qui habitat Parisiis, petit literas a Petro argentario Londiniensi, ex quibus hæc summa Parisiis solvetur. Parvam summam fixam et determinatam pro ipsis literis juste exigit Petrus; et ipsa summa debita quæ Parisiis solvenda est, quanquam aliquo tempore determinato fixa et certa est, attamen diversis temporibus paululum mutatur. Hoc oritur ex eis quæ de natura pecuniæ jam diximus; quoniam enim literæ non sunt pecunia, sed instrumenta ex quibus pecunia solvenda est, si plus pecuniæ certo tempore debeant Londinienses eis qui Parisiis habitant, quam quanta ipsis ab his debetur, augetur pretium literarum ex quibus pecunia Parisiis solvetur; quia quoniam plus pecuniæ solvendum est Parisiis quam Londini, necesse erit quantum auri desit, ad id quod superest solvendum Parisios ferendum curare, et augmentum seu *præmium*, ut dicitur, quod exigitur pro literis ex quibus pecunia solvenda est, periculo et impensis istius auri ferendi dimittitur. In hoc casu pretium permutationis [*the exchange*], dicitur esse in gratiam Parisiorum. Si eodem tempore literæ Parisiis petantur, ex quibus pecunia Londinii solvenda est, earum pretium minuetur [*they will be at a discount*]; quia quoniam minus pecuniæ Londini quam Parisiis solvendum est, pauciores petent literas ad Londinienses mittendas, et plures sunt qui eas concedere volent quam qui petent, atque ideo earum pretium minuitur eodem gradu quo Londini augetur. Hæc omnia, si stricte servantur, justa sunt, quia determinantur non ab aliquo privato, sed ex ipso pretio vulgari quod habet pecunia apud eos qui re pecuniaria negotiantur. Quum vero viator secum affert

ad gentes exteras aurum signatum, aut tesseræ argentariæ Anglicæ, aut literas ex quibus pecunia solvenda est, debet semper permutationem apud argentarium probum petere, et non apud caupones aut tabernarios, qui fere semper plus justo exigunt.

De cambio *sicco* sen ficto et de aliis hujusmodi pactis, quibus pecunia re vera non permutatur, sed fucato nomine pecuniam combiandi usura enormis et injusta exigitur, necesse non est quidquam dicere, tum quia talia pacta manifesto injusta sunt, tum quia usurarii nunc ad hæc nunquam recurrunt.

604. Non tantum vero debita solvuntur, et pecunia transmititur inter diversas gentes meris scriptis, sed idem fit inter diversas civitates ejusdem gentis, et etiam inter cives ejusdem oppidi. Mercatores alique qui magna habent negotia, plerumque res suas transigunt et debita dissolvunt, non præsentī pecunia, sed per scripta instrumenta, quibus se ad pecuniam solvendam obstringunt, quæque ex jure vim obligandi habent. Instrumenta, præcipua, quæ in negotiis agendis adhibentur, sunt syngraphæ [*bills of exchange*], et chirographa [*promissory notes*]. Hæc sunt instrumenta scripta, sigillo non munita, quibus quis se obligat ad pecuniam solvendam. De utroque nunc agendum est.

Punctum Primum.

De Syngraphis [bills of exchange].

605. Syngraphæ sunt literæ quædam scriptæ a Caio et Julio inscriptæ, quibus ab hoc petitur ut pecuniam aliquam solvat aut Caio ipsi, a quo literæ scriptæ sunt, aut alicui alii. His literis subscribitur nomen illius a quo scriptæ sunt, qui Anglice *the drawer* dicitur, et in extrema parte inscribuntur ei a quo pecunia postulatur, qui *the drawee*, et is cui pecunia solvenda est *the payee*, appellatur. Si is a quo pecunia postulatur eam solvat, negotium finitur. Plerumque tamen, exceptis tesseris argentariis, pecunia nonnisi post aliquod tempus, v. g. post tres menses solvenda petitur. In hoc casu, si Julius a quo pecunia petitur ascribat nomen suum infra nomen illius a quo literæ scriptæ sunt, aut, quod sæpius fieri solet, ex transverso super scripturam [*on the face of the instrument*], se obligat ad pecuniam solvendam, hic anglice *the acceptor* dicitur. Sed Julius nisi nomen suum instrumento ascribat eo non obligabitur, et ideo si pecunia ipsi Caio solvenda sit, antequam Julius nomen adscribat, prorsus irritum erit. Si vero pecunia solvenda non sit ipsi Caio sed Sylvio, cui literas a se subscriptas tradit Caius, ipse ex his pecuniam Sylvio solvere tenebitur; quia nisi contrarium probetur, semper

supponitur, pro sygrapha pretium æstimatione dignum datum esse. Et hoc semper verum est quando pecunia alicui tertio solvenda est, sive is cui literæ datæ sunt nomen suum ascribit, sive hoc facere recusat; sed si is nomen suum ascribat, semper teneatur ante omnes alios qui instrumento obligantur, pecuniam ex eo promissam solvere. Sygraphæ hoc modo confectæ in negotiationibus adhiberi nequeunt [*are not negociable*].

606. Si vero sygraphæ ita scriptæ sunt ut pecunia solvenda sit Caio vel *ex ejus mandato*, aut Sylvio vel *ex ejus mandato*, aut simpliciter *ex mandato* Caii aut Sylvii, in negotiationibus adhiberi possunt [*they become negociable-paper*] (a). Tunc autem dicitur sygraphas in negotiationibus adhiberi posse, quum, contra communem regulam juris, jus actionem intendendi ad pecuniam ex ea debitam exigendam libere ab uno in alium transferri potest. Quum pecunia ex sygrapha solvenda est Caio vel *ex ejus mandato*, hic nomine suo in instrumento a tergo inscripto [*by indorsement*], jus suum ad pecuniam ex eo debitam exigendam in alium transferre potest. Hoc facere potest aut nomen suum ei a tergo inscribendo sine ulla mentione alicujus cui solutio facienda est, et tunc hæc nominis inscriptio anglice dicitur esse *indorsement in blank*, et in hoc casu pecunia solvenda est cuivis qui sygrapham habet. Si vero Caius, cui ex instrumento pecunia solvenda est, non tantum suum nomen a tergo inscribat, sed etiam nomen cujusquam v. g. Julii cui solutio facienda est, hæc inscriptio dicitur plena [*an indorsement in full*]. In hoc casu solutio soli Julio fieri potest. Sed si Caius a tergo scribat pecuniam ex instrumento debitam solvendam esse Julio, vel *ex ejus mandato*, hic nomen suum in tergo instrumenti scribendo, jus suum eodem modo in alium v. g. in Sylvium transferre potest. Quum is cui pecunia ex sygrapha debita solvenda est [*the payee*], nomen suum a tergo instrumenti inscribit, sive mentionem facit illius in quem jus suum transfert, sive non, huic qui anglice *the assignee*, seu *indorsee* dicitur, sygrapham tradit. Is vicissim eodem modo jus suum in alium transferre potest, et sic deinceps. Necesse omnino est ut is, cui ipsi vel ex cujus mandato, in instrumento declaratur solutionem faciendam esse, nomen suum a tergo instrumenti inscribat, ut jus ejus in alium transferatur; sed

(a) Accipe formulam usitatam hujusmodi sygraphæ anglice scriptam :—

£500. Dublin, 30th April, 1873.
 “Three months after date pay to me or my order the sum of five hundred pounds, value received.

JOHN SMYTH.

“To Mr. James King, Merchant;
 Peter-street, Dublin.”

si non scribat nomen illius in quem jus suum transfert, hoc per meram instrumenti traditionem datur. Eodem modo quicumque hujusmodi syngrapham habet, jus suum in alium transferre potest. Sed si nomen illius cui transfertur jus solutionis exigendæ, aut mandandi ut solutio fiat alii, syngraphæ a tergo inscribatur, is non potest jus suum transferre per meram instrumenti traditionem, sed necesse est etiam ut nomen suum ei a tergo inscribat. Sed si pecunia ex syngrapha solvenda sit Petro aut ei qui instrumentum defert (*or bearer*), ut sæpe scribuntur literæ quibus is qui habet pecuniam apud argentariam mandat argentario ut pecuniam solvat (*a cheque on a banker*), jus semper per meram instrumenti traditionem transfertur. Si vero ex hoc etiam instrumento pecunia solvenda sit Petro vel ex ejus mandato, necesse est ut nomen Petri in eo a tergo inscribatur; sed non tenetur argentarius exploratum habere nomen revera a Petro ipso scriptum esse. Si vero duo lineæ super scripturam paribus intervallis ducantur, instrumentum *a crossed cheque* appellatur, de quo nuper (a) statutum est: ut quum pecunia ex eo solvenda sit aut possessori aut ex Petri mandato quum postulata fuerit, et super faciem instrumenti nomen alicujus argentarii, aut societatis argentariæ inscribitur, hæc pecunia solvi non potest nisi argentario aut societati cujus nomen super faciem instrumenti scriptum est. Et etiamsi nullum nomen super faciem instrumenti scriptum sit, sed tantum verba *and company*, aut breviter *and Co.*, pecunia solvi nequit nisi alicui argentario; et si argentarius a quo pecunia solvenda est, alicui alteri eam solverit, damna quæ inde sequuntur reparare cogetur. Instrumentis sic confectis pecunia sine ullo fere periculo de loco in locum per tabellarium publicum transmitti potest (b).

607. Nunc agendum est de syngraphis eo modo quo supra exposuimus confectis. Quod attinet ad tempus quo pecunia ex syngrapha præstanda est, hoc pendet ex eis quæ in ipsa scripta sunt. Si ergo solvenda est pecunia statim atque *postulata* fuerit, aut si simpliciter solvenda est, nulla facta mentione aut temporis

(a) Cf. 19 et 20 Vict. c. 25, et 21 et 22 Vict. c. 79.

(b) If a banker pays a cheque the signature to which has been forged, or which has been improperly altered, the banker must bear the loss, unless the forgery was caused by the negligence of the customer. In the latter case the customer will only be liable to the amount for which the cheque was originally drawn. Where a cheque is paid into a bank to the account of a customer, the banker is bound to use due diligence in getting it paid, and in case it is not paid in due course must at once inform his customer; and if he omits either of these things he must pay the cheque himself, in default of the parties thereto. Cf. *Every Man's own Lawyer*, p. 116.

aut postulandi, pecunia præstanda est statim atque sygrapha ad solutionem exigendam debite exhibetur. Si vero pecunia solvenda non est nisi post certum tempus, v. g. post tres menses, aut post hanc sygrapham cognitam, aut hæc sygrapha cognita [*after sight, or at sight*], solutio non die præfinita, neque quum sygrapha cognita erit, sed post diem tertium facienda est; nisi dies tertius sit dies quo negotium in argentariis non geritur, ut dies dominicus, aut dies Nativitatis aut Passionis Domini Nostri, quo casu pridie solvenda est. Hi tres dies, qui dies gratiæ appellantur, ex consuetudine conceduntur in Anglia et in Hibernia, et in Scotia; apud quosdam vero exteros, ut apud Gallos, nullus dies gratiæ conceditur; apud alios tres, ut in statibus federatis Americæ septentionalis, apud alios quinque, apud alios sex, et sic deinceps usque ad quindecim ut in Brazilia, conceduntur. Sed apud quasdam gentes numerus dierum gratiæ alius est in aliis urbibus (a), et in hac re servandum est præscriptum quod vigeat in loco ubi solutio facienda est.

608. Sygraphæ dividuntur in domesticas et peregrinas [*inland and foreign*]. Ad sygrapham domesticam constituendam duæ conditiones requiruntur; 1. ut is a quo confecta est [*the drawer*] in Magna Britannia, aut in Hibernia, aut insulis finitimis quæ ad nostrum imperium pertinent habitet; et 2. ut pecunia solvenda sit in aliquo ex his locis, aut ut solutio exigatur ab aliquo [*it be drawn upon a person*] qui in his locis habitat. Si vero sygrapha confecta est ab aliquo qui extra loca prædicta habitat, aut ab aliquo qui in eis locis habitat, is autem a quo pecunia solvenda petitur in alia regione habitat, peregrina habetur. Olim magnum vigeat discrimen inter sygrapham domesticam et peregrinam, sed hoc nunc omnino abrogatum est, nisi quantum attinet ad sygraphæ rejectionem [*the protest*], quæ infra exponetur.

609. Quum Caius sygrapham conficit, qua petit ut Julius mille libras solvat Petro, et eam huic tradit, plerumque necessarium non est ut Petrus eam Julio offerat ut hic nomen suum ex transverso super eam scribat. Attamen si instrumenti solutio a Julio facienda expetitur, *postquam postulata fuerit* sive *post sygrapham cognitam*, necesse est ut huic offeratur; etenim donec hoc fiat solutio non debetur. Verumtamen etiam in hoc casu necesse non est ut sygrapha offeratur Julio ut nomen suum modo exposito inscribat; sufficit enim ut ei offeratur ad solutionem exigendam. Ipse quidem Julius nunquam obligatur ad pecuniam solvendam nisi nomen suum inscripserit; sed eo recusante, solu-

(a) Cf. si lubet ibidem pp. 113 et 114 ubi index conficitur dierum gratiæ qui in diversis gentibus et urbibus conceduntur.

tio exigipotest a confectore instrumenti, et ab eis, si qui sunt, qui nomina sua in eo a tergo inscripserunt. Potest is qui syngrapham possidet eam offerre ei a quo solutio pecuniæ postulatur, ut nomen suum modo debito ascribat, quovis tempore antequam solutio fieri debet. Illic utique potest aut consentire aut recusare; et in priore casu potest nomen suum aut simpliciter ascribere, aut etiam addere pecuniam apud quamdam argentariam solvendam esse. Sed revera hæc restrictio nunc nihil valet; quia per 1 et 2 Geo. IV. c. 78, nisi is qui nomen suum ascribat expresse scribat se non suscipere obligationem pecuniam solvendi nisi apud certam argentariam (quo casu acceptatio [*the acceptance*] *specialis* dicitur) tenetur pecuniam solvere ubicumque ab eo rite exigetur. Julius qui nomen syngraphæ ascripserit, quum tempus quo solutio facienda est advenerit [*when the bill comes to maturity*], pecuniam tenetur solvere, si Petrus instrumentum offerat aut ipsi Julio, aut eo loco v. g. in argentaria ubi solutio facienda est. Neque Caio quum actio ei intenditur ad pecuniam exigendam ad quam ex sua syngrapha (aut ex suo chirographo) solvendam se obligavit, permittetur se defendere, dummodo actio intenta sit intra sex menses ab eo tempore quo pecuniam solvere debuit, nisi licentia speciali a iudice obtenta; quia se teneri ad hanc pecuniam solvendam nominis sui subscriptione agnovit. Neque hæc licentia concedetur, nisi Caius aut pecuniam quæ ex instrumento deberi declaratur in ærarium tribunalis deposuerit [*pays the money into court*], aut jurejurando affirmaverit subscriptionem sui nominis falsam esse [*is a forgery*], aut se habere justam excusationem, sive ex lege sive ex æquitate; aut nisi quædam facta proferat quibus ostendatur incumbere possessori instrumenti onus probandi pretium [*a consideration*] pro eo datum esse (a). Si pecunia ex syngrapha debita tempore statuto ab ascriptore [*the acceptor*] soluta non sit, potest is qui instrumentum possidet actionem intendere non tantum illi sed et ei qui eam scripsit [*the drawer*], et omnibus et singulis qui nomina sua a tergo inscripserunt [*the indorsers*]; observatis tamen legis præscriptis. Hæc præscripta sunt: 1. ut is qui instrumentum habet, id ei qui primo loco pecuniam solvere tenetur, id est Caio ascriptori [*the drawee*], offerat, solutionemque exigat eo ipso die quo pecunia solvi debeat; 2. ut quum hic non solverit, alii vel aliis a quibus vult solutionem exigere indicet pecuniam solutam non esse [*notice of dishonour*]. Caio solvente omnes alii liberantur, eo vero non solvente,

(a) Cf. 18 et 19 Vict. c. 67. Hæc lex lata est: "To facilitate the remedies on bills and notes, by the prevention of frivolous or fictitious defences." Quatenus ob defectum pretii instrumentum irritum reddi possit, cf. infra ubi de chirographis.

proximo loco tenetur totam pecuniam solvere Julius qui instrumentum confecit, cui tamen Caius manet obligatus. Post Julium tenetur Sylvius, qui nomen suum primus instrumento a tergo inscripsit, totam pecuniam solvere, quem tamen tum Caius tum Julius indemnem præstare tenentur. Post Sylvium tenetur Petrus, qui proximus ab eo nomen suum instrumento a tergo inscripsit, et sic deinceps. Quanquam, Caio non solvente, potest Paulus qui instrumentum habet *rationabile indicium* hujus rei dare omnibus aliis qui ex instrumento obligantur, attamen hoc facere non tenetur; sufficit enim si rem indicet Jacobo, qui postremus nomen suum ei a tergo ascripsit, qui soli Paulo et non aliis obligatur; et Jacobo solvente omnes alii huic obligantur. Itaque his omnibus, aut aliquibus ex eis tantum aut soli Petro qui postremus ante ipsum Jacobum nomen suum a tergo ascripsit, indicium dare potest pecuniam solutam non esse. Petro solvente is indicium dare potest tum Sylvio tum Julio, et Sylvio solvente is pecuniam a Julio exigere potest, qui a solo Caio compensationem postulare potest.

610. Tempus *rationabile* intra quod is qui sygrapham habet indicium dare tenetur eis qui tantummodo ex defectu aliorum pecuniam solvere tenentur est, quantum attinet ad eos qui in eadem urbe vel oppido habitant, spatium unius diei, ita ut si ascriptor pecuniam non solverit; tenetur is qui sygrapham habet, proximo die indicium dare ei vel eis a quibus pecuniam exigere statuerit. Et idem dicendum est de aliis omnibus, qui nonnisi ex defectu aliorum ad pecuniam solvendam tenentur. Indicium vero fieri debet eis qui in eadem urbe non habitant per literas datas eo die quo is qui ante eos pecuniam solvere tenetur hoc facere recusaverit. Quod attinet ad sygraphas peregrinas, indicium dandum est per literas a tabellario qui proxime proficiscetur perferendas.

611. Si vero Caius sygraphæ a Julio confectæ, ex qua pecunia Joanni vel ex ejus mandato post tres menses solvenda est, nomen suum ascribere recuset, quod ex jure facere censebitur si nomen non ascribat aut statim aut intra 24 horas a tempore quo ei tradita fuerit ut nomen suum ascribat, poterit possessor instrumenti, etiamsi tres menses nondum præterierint, indicio quemadmodum supra expositam est dato Julio aliisque, si qui sint, qui nomina sua ei a tergo ascripserint, *instante* ab eis solutionem exigere. Hi inter se obligantur eodem ordine quem supra exposuimus. Non tamen tenetur possessor sygraphæ solutionem hoc modo exigere, sed non obstante recusatione Caii, potest eam tenere donec tres menses præterierint, et tunc solutionem a Caio petere, quo recusante, pecuniam ab aliis modo exposito exigere poterit.

612. Si Caius aut nomen suum recuset [*refuses acceptance*], aut pecuniam tempore præfinito solvere, potest is qui syngrapham habet, eam ad notarium publicum, aut si talis in loco non inveniatur, ad incolam aliquem copiosum [*substantial*] deferre; a quo sub exemplari syngraphæ scriptis declaratur hanc certo die Caio oblatam esse ut nomen suum ascriberet, aut ut pecuniam solveret, et Caium recusasse, ideoque Paulum instrumenti possessorem statuisset solutionem, impensas, &c., quæ inde evenerint exigere. Hoc instrumentum quod *protest* dicitur subscribendum est a notario coram duobus testibus fide dignis. Sed in syngraphis domesticis hoc instrumentum minime necessarium est, ut possessor syngraphæ sortem, et fenus, et impensas exigere possit, ideo nunquam fere conficitur. Sed in syngraphis peregrinis, semper conficitur; quia sine eo pecunia neque ab eo a quo syngrapha confecta est, neque ab eis qui nomina sua in eo a tergo inscripserunt jure exigi potest.

613. Aliud instrumentum est quod in jure *acceptance supra protest, for honour of the drawer or of the indorser* dicitur. Quum Caius recusat syngraphæ a Julio confectæ, et a Sylvio a tergo inscriptæ, ex qua summa Joanni solvenda est, nomen suum ascribere, aut pecuniam ex ea debitam solvere; Petrus, ne Joannes remittat eam Julio aut Sylvio, instrumentum modo exposito conficiendam curat, quo declaratur syngrapham Caio oblatam esse, ut nomen suum ei ascriberet, aut ut pecuniam ex ea debitam solveret, eumque recusasse, ideoque se nomen suum syngraphæ in honorem Julii aut Sylvii ascripsisse. Petrus absolute non tenetur pecuniam solvere, sed tantum si syngrapha iterum Caio oblata tempore ad solvendam pecuniam præfinito, is adhuc eam solvere recusat. Tunc insuper necesse est ut Petro offeratur ad solutionem exigendam, quo facto is pecuniam ex ea debitam solvere tenetur, eo modo et ordine quo is tenetur, ob cujus honorem nomen suum ascripserit. Itaque si in honorem Julii, qui syngrapham confecit, nomen suum ascripserit, Julio deficiente, is ante omnes alios pecuniam solvere tenetur, et recurrere tantum potest ad Julium ad compensationem exigendam. Si in honorem Sylvii hoc fecerit, Julio et Sylvio deficientibus, primo loco post eos ipse solvere tenetur, et ab utroque compensationem exigere poterit, et sic deinceps. Possessor syngraphæ potest solutionem ab illis omnibus qui ea obligantur, modo supra exposito exigere, et si solutio exacta fuerit ab eo qui nomen suum honoris causa ascripserit, is compensationem exigere potest tantum ab eo in cujus honorem nomen suum ascripsit; et ab aliis qui ante hunc pecuniam solvere tenentur. De syngraphis quibus quis nomen suum honoris causâ ascribit, et de aliis quæ ita conficiuntur ut

possessor eis uti liceat tantum in casu necessitatis [*with a reference upon them in case of need*], ex 6 et 7 Guliel. IV. c. 58, statuitur quod necesse non sit ut possessor eas offerat ei qui honoris causa nomen suum ascripserit, aut ei qui confecerit syngrapham non utendam nisi in casu necessitatis, qui anglice *the referee* dicitur, nisi postero die quam solutio ex his exigi possit. Si vero non in eadem urbe qua possessor syngraphæ habitent, sufficit ad eos literas mittere postero die quam solutio exigi possit.

614. Quanquam solo jure naturali spectato is qui dominium rei non habet, hoc alteri dare nequit; nemo enim dat quod non habet; attamen ex speciali præscripto juris municip. dominium syngraphæ aliquando transferri potest ab aliquo, quamvis ipse nullum jus ad eam habet. Ut hoc fieri possit, requiritur 1. ut pecunia ex syngrapha solvenda sit aut possessori [*the bearer*] aut Caio vel ex ejus mandato; et in hoc ultimo casu requiritur ut nomen Caii instrumento a tergo ascribatur, nulla facta mentione illius cui solutio facienda est [*that it be indorsed in blank*]. Si vero pecunia tantummodo Caio, non vero ex ejus mandato, solvenda est, aut si Caius, quum solvenda est ex suo mandato, a tergo inscribat solvendam esse Sylvio; pecunia nonnisi a Caio vel a Sylvio exigi potest. Quum autem pecunia solvenda est possessori, aut Caio vel possessori [*bearer*], ejus dominium transfertur per meram instrumenti traditionem. Requiritur 2. ut is qui syngrapham acceperit, bona fide egerit, neque dubitaverit quin is a quo istam obtinuerit eam juste possederit. Requiritur 3. ut pro syngrapha pretium æstimatione dignum solverit; et 4. ut syngraphæ possessor eam acquisiverit antequam pecunia ex ea debita solvi debuerit.

Punctum Secundum.

De Chirographis [promissory notes, or notes of hand]; et de instrumento quod literis, I. O. U. appellatur.

615. Chirographum est scriptum quo quis certam pecuniam cuidam tanquam ei debitam soluturum se promittit. Accipe formulam consuetam chirographi anglice scriptam.

“£500. 27, John-street, Dublin, May 12th, 1873.

“Three months after date I promise to pay at my office, John-street, Dublin, to Mr. John Jones, of Fleet-street, or order, the sum of £500, value received.

“To Mr. John Jones, Fleet-street, Dublin. JOHN SMYTH.”

Sic confici potest chirographum, ut pecunia ex ea debita solvenda sit aut Caio, nullis verbis additis, aut Caio vel ex ejus mandato,

aut possessori, aut Caio vel possessori, sicut de syngraphis diximus; et omnia præscripta quæ de syngraphis exposuimus æque valent de chirographis. Quod ad formam vero, hæc instrumenta prorsus diversa sunt; is enim qui syngrapham conficit semper transmittit eam ad alterum, a quo postulat ut pecuniam ex syngrapha debitam aut sibi, aut alii solvat. Caius autem a quo chirographum conficitur semper promittit se pecuniam soluturum, et semper (aut solus aut primus) totam pecuniam solvere tenetur. Is solus tenetur, nisi alius vel alii nomina sua chirographo a tergo ascripserint; si vero aliqui nomina sua a tergo ascripserint, Julius cui pecunia solvenda est, deficiente Caio, eam ab illis exigere potest eodem modo, et ordine, quem de eis qui nomina sua syngraphæ a tergo ascripserint, exposuimus. Sed quoniam nemo nomen suum super ipsam scripturam chirographi inscribit [*there is no acceptor*], præscripta quæ jam exposita sunt de hac re in syngraphis ad chirographa non pertinent, et ideo si ex chirographo pecunia in certo loco solvenda promittitur, necesse est ut ibi præsentetur ad solutionem exigendam.

616. Jam vidimus executionem promissionis simplicis, pro qua pretium æstimatione dignum datum non est, actione exigi non posse, et onus probandi tale pretium datum esse, conjici in eum qui executionem exigit. Quod attinet vero ad syngraphas et chirographa, in jure supponitur pro his instrumentis datum fuisse pretium æstimatione dignum; et si hoc negatur, onus probandi conjicitur in eum qui hac causa pecuniam ex eis debitam solvere recusat. Si vero is, qui *prima facie* ex instrumento pecuniam solvere tenetur, probare potest etiam testimonio viva voce prolato se nullum pretium pro instrumento accepisse ex jure hoc irritum erit. Et quoniam necessarium est hæc instrumenta offerre ei qui pecuniam ex eis debitam solvere tenetur, si instrumentum deperditum sit, pecunia ab eo exigi nequit, neque potest executio promissionis qua se obligat ad pecuniam solvendam, non accepto novo pretio, actione exigi. Si vero pecunia re vera debeatur sine dubio creditor in conscientia eam solvere tenetur. Is cui pecunia ex syngrapha aut chirographo solvenda est, meris verbis debitorem obligatione liberare potest.

617. In Anglia necesse est ut omnes tesserae editæ ab argentariis quæ potestatem habent eas edendi, pro libris minimum quinque valeant; in Hibernia vero et in Scotia necesse non est ut pluris valeant, quam singulis libris. Quod attinet vero ad syngraphas domesticas et chirographa necessarium non est (excepto casu infra exponendo) ut summa ex eis solvenda unam libram excedat; attamen nisi ad quinque minimum libras attingat, ex 17 Geo. IV. c. 30, hæc instrumenta multis conditionibus subjiciuntur, qua-

rum si aliqua desit, non tantum ea irrita sunt, sed et is qui ea in usum vulgaverit [*who has uttered them*], pœnis obnoxius est. Ab his tamen præscriptis eximuntur tesseræ nummariæ [*cheques, drafts, or order on bankers*], quibus postulatur ut argentarius apud quem is qui tesseras scripserit pecuniam etiam in proprium suum usum bona fide depositam habet, solvat summam etiam una libra minorem, aut possessori, aut ex mandato alicujus quum solutio postulata fuerit (a). His exceptis, prorsus irritæ sunt syngraphæ, chirographa, et omnia alia scripta quæ in negotiis gerendis adhiberi possunt, et ab uno in alium transferri, quum summa ex eis solvenda ad unam libram non pertingat; et is qui ea in usum vulgaverit pœnis affici potest. Quod attinet vero ad chirographa ex quibus minus quam quinæ libræ solvendæ sunt possessori, statim atque postulaverit, is qui tale instrumentum aut confecerit, aut vulgaverit, pœnis subjicitur.

618. Aliud instrumentum quo pecuniam deberi agnoscitur, atque ideo quo implicite promittitur pecuniam solvendam esse, per compendium dicendi I. O. U. appellatur, quod hæ literæ more Anglorum prolatae idem fere sonant quasi anglice dicatur I owe you. Ad hunc modum anglice confici potest: May 20th, 1873, I. O. U. ten pounds. John Smyth. Necessarium non est ut nomen illius cui pecunia debetur in instrumento scribatur; hoc enim ex possessione prima facie constare censebitur. Attamen tale instrumentum adhiberi nequit ad probandum pecuniam mutuatam datam esse, a Caio qui id possidet, Julio qui ei nomen subscripsit; sed eo probari potest rationes inter eos compositas esse, et Julium summam quæ scripta est Caio debere. Hæc tamen est tantum *prima facie* probatio, quam integrum est Julio repellere si fieri potest. Actio ad exigendam pecuniam ex tali instrumento, debitam competit si pretium legitimum pro eo datum est; si vero pretium esset illegale, v. g. ut sæpe evenit, pecunia ludo perditâ, instrumentum omnino irritum est. Quanquam necesse est ut syngraphæ, chirographa, et pleraque alia hujusmodi scripta signo publico debiti valoris impressa sint, hoc tamen in instrumento de quo nunc agimus non requiritur, etiamsi in eo declaratur tantundem acceptum esse quantum ibi deberi agnoscitur [*value received*]. Si vero in eo declaretur pecuniam quæ deberi agnoscitur certo die solvendum esse, eodem modo, quo chirographum, signo publico imprimendum est.

(a) Cf. 23 et 24 Vict. c. 111, s. 19.

§ *Tertia.—De censibus annuis.*

619. Census annuus est contractus quo quis jus alicui tribuit certam pecuniam annuam ex re vel persona percipiendi. Census ita confici potest, ut pecunia aut in perpetuum, aut in vitam aut in aliquot annos solvenda sit. Sic si Caius ex agris in perpetuum ab alienatis sibi suisque heredibus summam annuam solvendam reservat, aut si ex agris non ab alienatis certam summam annuam Julio ejusque heredibus solvendam facto [*by deed*] constituat, quanquam hæc summa in jure nostro nomine redditus appellatur (a); attamen revera est census annuus perpetuus. Jurisperiti tamen docent censum annuum ex agris vel bonis illius a quo conceditur percipi non posse, quia hæc obligatio est necessario personalis (b). Sed hæc est manifesto quæstio de nomine; et ipsi concedunt posse Caium *facto* seipsum suosque heredes astringere ad certam summam annuam Julio ejusque heredibus solvendam, et hanc summam rite nomine census annui perpetui appellari. Fenus pecuniæ fide publica mutuæ data, in modum census annui perpetui solvitur, qui redimi potest a republica, seu venditore, non vero a privatis, seu emptoribus (c). Manifestum est in illis censibus, sive publica, sive privata auctoritate constituentur, nihil injusti nec illiciti deprehendi.

620. Alii sunt census annui qui aut in vitam, aut in annos aliquot constituuntur. Census etiam hujus generis a nostra rep. venduntur, ita tamen ut non minus quam quaternæ nec plus quam tricernæ libræ quotannis solvantur, et ut is cui solvendæ sint quartum suæ ætatis annum compleverit. Ex altera parte gubernium ex auctoritate parlamenti emit a civibus censum seu ut dicitur fenus annuum, in aliquot annos solvendum. Hoc sic fieri solet: certa summa cautione interposita, aut civibus individuís aut societatibus ad agriculturam aut ad negotia promovenda institutis conceditur, ea conditione ut sors cum fenore rependatur pensionibus quibusdam quotannis per certum tempus solvendis. Fenus valde moderatum, haud plus quam ternæ cum dimidio procentis exigitur; et hos census annuos publicos esse licitos et justos nemo dubitare potest. Eisdem fere principiis quidam privati cives et quædam societates census annuos aut in vitam aut in annos emunt. Emptio tamen fere semper fit in vitam illius a quo census annuus solvendus est. Contractus fere hoc modo conficitur: Caius vult mille libras a Julio mutuari, sed Julius recusat pecuniam mutuam dare, quia Caius sufficientem cautionem

(a) Cf. de just., n. 438.

(b) Cf. *ibid.* n. 439.(c) Cf. *ibid.* n. 509.

de sorte reddenda interponere non potest. Dicit vero Julius se censum annuum a Caio in hujus ipsius vitam empturum, et huic assentitur Caius. Summa pro censu annuo solvenda computatur: 1. ex ipsa sorte, quæ non tota simul, sed annuis pensionibus per vitam Caii solvendis rependenda est: 2. ex fenore quod pro sorte, quanta restabit in singulos annos solvendum est: et 3. ex periculo ne morte immatura Caii sors ipsa pereat. Si hæc juste computentur, eo modo quem supra de usura exposuimus, et ex his simul sumptis summa quotannis solvenda conficiatur, contractus erit justus; si vero plus exigatur, erit injustus, et etiam usurarius, ut statim dicemus.

621. Alius vero contractus ante solutum pretium census annui fere semper cum aliqua societate conficitur, quo cavetur ut ob summam quotannis per vitam Caii solvendam, quæ præmium dicitur, quodcumque Caius moriatur, sors Julio rependatur. Si ipse Julius præmium annuum societati solveret, neque plus hac ratione a Caio exigeret, hic secundus contractus naturam primi non mutaret. Non ita tamen res geritur ab illis qui census annuos emunt. Aliquando enim Julius ipse pactum cum societate de summa sibi solvenda, mortuo Caio, conficit, et ad præmium annuum solvendum se astringit; sed hujus pecuniæ in censu annuo computando rationem habet, et ideo revera hanc pecuniam a Caio exigit. Aliquando Caius pactum cum societate conficit de summa, se mortuo Julio solvenda, et ipse præmium annuum solvit. In utroque casu tenetur Julius in censu annuo computando nihil ob periculum sortis exigere, et si auget censum ob hoc periculum, contractus injustus et usurarius est; quia census annuus hoc modo solvendus revera est fenus pecuniæ mutuæ datæ, et non videtur mutare naturam contractus, quod de sorte tuta præstanda per aliud pactum cautum est. Quum legibus municip. prohibita esset usura, multa pacta usuraria simulatione censuum annuorum confecta sunt; nunc vero, his legibus abrogatis, usurarii ad hunc contractum non recurrunt ad usuram tegendam, ut leges evitent; sed pecuniam sic datam aperte pecuniam mutuam, et pecuniam annuam, quæ ratione hujus pecuniæ solvenda est, fenus appellant. Non hic loquimur de pecunia mutua data, quum sors certis pensionibus reddenda est; quia de hac materia supra, ubi de mutuis pignoratitiis, satis fuse egimus. Unum tantum casum de hac materia, de quo nuperrime responsum dedimus, hic proferemus, quoniam ad usum pertinet. Caius (qui non est pignerator) qui negotium parva mutua pauperibus præstandi gerit, ex singulis libris mutuis datis solebat singulos schelingos in modum feneratoris tempore mutuandi subtrahere, et ipsa sors per 20 hebdomades, solutis singulis schelingin in singulas libras, persolvenda erat.

Quoniam nullum sortis periculum extitit, nos responsum dedimus tale fenus, quod fere ad 30 pro 100 in annum attingeret, injustum et usurarium esse. Mutuator annuit novem tantum nummos [*nine pence*] vice unius schelingi ratione feneratoris subtrahere, et declaravit, nisi sibi permetteretur hanc summam accipere, se mutua parva in posterum non præstaturum. Pauperes ipsi dicebant se libenter novem nummos soluturos, seque haud parum incommodi accepturos, nisi ille hæc parva mutua sibi præstaret. His auditis nos respondimus sacramenta mutuatori denegari non deberi, ex eo quod fenus supra dictum exigeret.

622. Quum vero Caius mille libras mutuas accipit a Julio, pacto inito cum aliqua societate, quo ea, Caio mortuo, sortem Julio solvere tenetur, nobis videtur pecuniam quam Caius quotannis Julio solvere tenetur, verum esse fenus, et ideo nihil nisi ratione titulorum extrinsecorum, inter quos periculum sortis computari nequit, exigi posse. Sane si contractus ipse sit justus, injustus non fit si ita conficitur, ut indicio rationabili dato non solum Caius, sorte cum fenore soluta, eum dissolvere possit; sed etiam ut Julius sortem et fenus exigere possit, et sic contractum dissolvere. Manifestum est, contractu dissoluto, jus ad pecuniam, quæ Caio mortuo solvenda erat Julio, nunc ad Caium transire, qui ideo hac pecunia ad arbitrium uti potest, et eam si ipse usus non fuerit eorum esse qui vicem ejus gerunt. Quod attinet vero ad census annuos ex agris aut tenementis percipiendos, et ad emolumentum quod [*rent charge*] dicitur (*a*), per 18 et 19 Vict. c. 15 statuitur ut instrumenta quibus hæc concedantur (exceptis ordinationibus occasione matrimonii factis, et testamentis), sive in vitam unius aut plurimorum, sive in annos perduratura, prorsus irrita habenda sint, quantum obstant juribus emptorum, creditorum, aut eorum quibus agri in vadio mortuo oppignerentur, nisi in tabulas tribunalis Communiū Placitorum rite relata fuerint. Ita autem in tabulas referri necesse est, ut emptores, &c., facile cognoscere possint utrum talia onera in agros imposita sint, necne.

§ 4. *De locatione et conductione.*

623. Locatio et conductio est contractus quo usus rei vel opera aliqua conductori pacta mercede a locatore conceditur. Hunc contractum, quantum attinet ad locationem agrorum et domorum, in tractatu de justitia exposuimus (*b*); quantum vero ad locationem animalium et bonorum, supra, data occasione, plura de eo

(*a*) Cf. de just., n. 438.

(*b*) Ibid. nn. 326 et seq.

explicavimus, sicut etiam de locatione operum, ubi de monopolio egimus. Potest hic contractus solis verbis confici, si in executionem perducendus est perfecte ex alterutra parte intra annum; aliter scriptis confici necesse est, ut jam exposuimus. Quum quis rem locat, quam dicit in certum usum idoneam esse aut expresse aut tacite, fidem facere censetur rem revera idoneam esse. Sic si Caius locet Julio equum stratum frenatumque et ad equitandum paratum, fidem facere censetur, non tantum sellam et frenum solida et firma esse, sed insuper equum bene calceatum esse, et immunem a vitiis propter quæ in hunc usum aptus non esset. Similiter is qui locat currum et equos in usum specialem adhibendos, v. g. ad iter certum faciendum, fidem facere censetur hos idoneos esse, et ideo si equi, sine gravi negligentia conductoris, claudi et debiles fiant, aut alio modo non apti ad iter faciendum, hic eos in deversorio aut in alio loco tuto relinquere potest, et hoc notum facere locatori, ad quem pertinebit equos auferre. Et idem dicendum est si currus frangatur; et insuper locator damna compensare tenetur, quæ conductori evenerint ex eo quod res locata idonea non erat ad usum in quem conductæ est. Attamen conductor rem locatam detinere nequit in modum pignoris, propter impensas necessarias quas in ea conservanda fecerit, sed tenetur rem locatori tradere, adversus quem actio ei competit ad damni compensationem exigendam.

Punctum Primum.

De juribus et obligationibus herorum, administratorum et famulorum tum inter se, tum in eis quæ ad alios spectant.

624. Quum famuli in aliquod tempus notabile conducuntur, etiamsi annum integrum non excedit, omnino expedit ut contractus scriptis conficiatur; ut in eo notentur præcipua munera et officia quæ famuli suscipiunt; et ut statuatur ante quantum tempus, sive unum mensem, sive hebdomadem, alteri ab altero prænuntiandum sit, quam contractus dissolvi possit. Hoc scriptum, saltem a famulo, subsignari debet. Quum contractus conductionis et locationis operarum inter herum et ministrum vel famulum, sive explicate sive implicite, sive scriptis sive verbis initur, nullo tempore aut expresse, aut implicite, v. g. ex conditionibus in contractu positis, in quod perdurare debeat statuto, contractus semper in annum integrum confectus esse ex jure censetur, cujuscumque generis sunt opera perficienda. Attamen quanquam quædam opera pro Julio peracta sunt a Caio, si nullus contractus locationis et conductionis aut expressus, aut tacitus qui ex cir-

cumstantiis inferri possit, inter eos initus est, regula supra dicta non obtinet. Si vero opera peracta fuerint et merces soluta amplius anno, nullo contractu expresso conductionis inito, in jure censebitur contractum conductionis in annum inter partes extitisse. Sed hoc non censebitur, si v.g. plures famuli in eisdem aut in similibus operibus pro eodem hero perficiendis occupati fuerint, et hæc sit consuetudo ut tum herus tum famuli statim possint pactum dissolvere. Si vero certo constat contractum initum esse, tempore in quod locatio duratura sit non præfinito, ex circumstantiis determinandum est utrum contractus sit in annum, an in brevius spatium. Sic si in hoc casu merces quotannis solvenda sit aut si vestimenta semel in anno præstanda, contractus in annum confici censebitur. Sed hoc tantum obtinet quum minister vel famulus omnem operam hero præstare tenetur; si enim ei integrum esset operam suam, quum herus ea non indigeret, aliis præbere, ex circumstantiis prædictis contractus in annum confici non censeretur. Si vero contractus sit in annum, huic non obstat conditio ex qua merces in singulas hebdomades solvenda est. Caius conduxit Julium, mercede 15 schelingorum solvenda in singulas hebdomades per totum annum [*all the year round*], ea conditione ut Julio integrum esset decedere, quandocumque vellet indicio quindecim ante diebus dato; actione intenta declaratum est hunc contractum in annum initum fuisse. Sed si Julius ex contractu omnem suam operam Caio præstare non teneretur, sed quædam tantum opera pro eo facere [*to do job-work*], conductio non esset in annum, etiamsi opera intra annum non perficerentur. Aliter autem esset si conductio esset in annum, quamquam merces pro singulis operibus solvenda esset [*payment by piecework or by the job*].

625. Quum conductio fit in annum, secluso pacto speciali, anno elapso contractus expletus est, neque ullum indicium ad eum terminandum ex alterutra parte requiritur; et e contrario ante finem anni terminari plerumque nequit, sine causa rationabili. Itaque si famulus a loco suo amoveatur ante annum completum, actionem ob hanc causam hero intendere poterit; et si actionem non intenderit ante annum finitum, neque operam suam aliis locaverit, jurati plerumque ei totam mercedem annuam adjudicabunt. Si vero actionem anno nondum finito intendat, mercedem tantum ad tempus quo actio intenta est obtinebit. Ex altera vero parte, si famulus sine justa causa suum munus deserat et ab hero decedat, herus nullam partem mercedis annuæ ei solvere tenebitur, etiamsi pars maxima anni jam effluxerit; nisi mavult illum cogere ad munus reverti. Hero enim ex contractu debentur opera et munera famuli sui, et ideo jure eum cogere potest hæc ipsi præ-

stare; et si quis efficit ut hæc in herum non conferat, sive ei persuadendo ut herum derelinquat, sive ipsum vulnerando, sive in carcerem illegaliter conjiciendo, sive debilitando, herus actionem huic intendere potest ad damni compensationem exigendam. Si conjuratio ineatur ad Caium impediendum in negotiis gerendis, persuadendo ejus operariis, ut eum derelinquant, eo fine ut ad mutandum modum rem suam gerendi inducatur, hoc est maleficium, cujus puniendi causâ auctores ejus in judicium vocari possunt. Herus quoque actionem intendere potest alicui qui ancillam suam stupraverit, et si ipsa ancilla grvida fiat, statim dimitti possit. Si administer qui operas suas in annum locaverit, juste a hero dimittatur, nullam partem mercedis annuæ, ne pro eo quidem tempore quo muneri suo rite functus fuerit, exigere poterit. Dimitti autem potest quovis tempore, si opera ad quæ peragenda conductus est facere non possit, aut si soleat ea negligenter facere, aut si ita se gesserit ut rationabiliter timendum sit ne dominus inde grave detrimentum in rebus suis patiatur, aut si justis mandatis domini obtemperare recusaverit, aut si gravibus flagitiis deditus sit, aut si sit fraudulentus et inhonestus, vel ebriosus, aut si ex ægritudine, vel alia causa jugiter inhabilis sit muneribus suis obcundis. Si administer aut famulus juste dimissus recusat e domo et agris [*the premises*] heri decedere, huic licet eum vi ejicere; prudenter tamen faceret, si adhiberet auxilium eorum quibus cura est publicæ securitatis [*the constables*]. Quamquam autem his casibus exceptis, administer qui operas suas in annum locaverit, plerumque ante annum elapsum dimitti nequit, ex consuetudine tamen famulus [*a domestic or menial servant*] dimitti potest, indicio ante mensem dato, aut mercede unius mensis soluta, præter eam quæ debetur ratione partis anni quæ jam effluxerit. Et a judice in quodam casu declaratum est hortulanum primarium, cujus merces annua ad 100 libras attingebat, quique in domo separata heri sui habitabat, famulum [*a menial servant*] fuisse. Sed præceptor pro famulo non habetur neque præcepatrix [*a tutor or governess*] et ideo, secluso pacto speciali, ante annum finitum dimitti nequeunt; et si dimittantur, mercedem totius anni exigere possunt.

626. Omnis administer et famulus tenetur ordinariam diligentiam adhibere in rebus heri sui tutandis et conservandis. Si ergo administer, &c., pecuniam heri apud se depositam ex gravi negligentia perdiderit, hanc restituere tenetur; non autem si ei furto vel rapinâ ablata sit. Si actio hero intenta sit ob negligentiam, aut delictum administri, &c., damnorumque compensatio ex eo obtenta, herus actionem administro intendere potest ad pecuniam recuperandam. Præterea si administer, dum ex contractu nego-

tia heri facere tenetur, inducat eos qui frequentant heri tabernam ut eam derelinquant, et negotia sua ad ipsum transferant, herus actionem si intendere poterit; non autem, si hoc non fecerit antequam contractus conductionis inter ipsum et herum desierit. Ut actio hero intendi possit ob negligentiam aut delictum administri, necesse est ut actus fiat dum bona fide negotia heri secundum hujus mandata aut generalia aut specialia exsequi velit. Quum famulus currum ex mandato heri agit, herus damna quæ ex negligentia illius eveniant reparare tenebitur; si vero servus, domino inscio, injuste currum in proprium suum usum adhibet, is solus ad damna reparanda quæ ex sua negligentia eveniunt tenetur. Si qui, ut sæpe accidit, instrumenta acuta, lateres ferreos et alia hujusmodi ita inculte atque horide portant per vicos et vias publicas, ut vix fieri possit quin viatores lædantur, delictum manifesto admittunt, et tum hi ipsi, tum eorum heri, si eorum negotia gerunt, modo exposito, damna quæ ex immanitate ista eveniunt reparare tenentur. Si famulus propria sponte scelus admiserit, ipsi soli actio publica intendi potest ut debita pœna afficiatur; si vero scelus ortum est ex negligentia in negotiis heri bona fide peragendis, actio privata etiam hero intendi potest ad damnorum reparationem exigendam. Sic si is qui vehicula via ferrea agit, tantam negligentiam admiserit, ut in judicium adductus fuerit crimine homicidii, hoc non obstat ne actio privata societati cujus est via ferrea intendatur ad compensationem damnorum exigendam. Si vero herus famulo mandaverit ut injuriam inferat, et famulus cognoverit actum esse injustum, si injuria sit publica (a) utrique actio publica intendi potest; herus vero primo loco, ut mandans, et eo deficiente famulus, ut exsequens, damna privata reparare tenetur. In hoc tamen casu neque jure naturali neque municip. tenetur herus, nisi mediis injustis famulum ad scelus patrandum cogerit, damna quæ ipse passus sit reparare. Si vero famulus ignoraverit actum ad quem admittendum ab hero adductus est, esse illicitum, herus ut principalis auctor sceleris merito habetur, et ideo etsi absens fuerit quum delictum patratum est, debitis pœnis affici potest. Et in hoc casu si actio privata famulo intendatur, ex qua is damna quæ passi sunt cives privati reparare cogitur, herus sane illum indemnem servare tenetur; et si hoc non fecerit, actione privata ei intenta, id facere cogetur. Et etiamsi tum herus, tum famulus ignoraverit actum esse injuriosum, si famulus injuriam reparare cogatur, is ex jure merito compensationem ab hero exigere potest, quoniam in negotiis heri gerendis injuria illata est.

(a) Cf. tract. de just. nn. 23 et seq. in proœm.

627. Si vero famulus in negotiis heri gerendis ejus mandata non observaverit, herus illum ob damna quæ ex his actibus passus sit indemnem præstare non tenetur. Neque tenetur herus famulum indemnem præstare ob damna quæ in officiis suis ordinariis obeundis passus sit, etiamsi damnum ex negligentia alius famuli qui cum eo operis socius est [*a fellow servant*] illatum fuerit; quia ex contractu conductionis periculum ordinarium in negotiis agendis suscipere censetur. Attamen herus socios laboris idoneos, et instrumenta satis apta ad opera perficienda comparare tenetur; aliter enim famulos suos periculo inusitato exponeret. Si herus conducit operarios ignaros et imperitos ad opera periculosa facienda, qui periculum insolitum ignorant, ipse ex jure juste cogi potest reparare damna quæ inde patiantur operarii; si vero ii ipsi periculum cognoscant, herus hoc facere non tenetur. Quum Caius contractu inito de quodam opere peragendo, Julio alii conductori [*a sub-contractor*] opus exsequendum locat, et operarii a Julio conducti in eo peragendo damna accipiunt quæ eorum herus reparare teneretur, reparationem non a Caio sed a solo Julio exigere poterunt; aliter tamen esset, si Julius sit tantum præfectus operis, et operarios nomine Julii conduxerit.

Quum ex pacto explicito vel implicito herus tenetur victum aut omnino aut ex parte famulo præbere, satis cibi salubris suppeditare tenetur; non autem tenetur vestimenta dare nisi ex pacto speciali. Caius conduxit Julium in annum pacta mercede 30 librarum et synthesis [*a suit of clothes*]. In principio anni Julius synthesisin accepit, sed postea, indicio ante mensem accepto, dimissus est. Actionem hero intendit ad synthesisin exigendam, sed declaratum est eam ronnisi post annum completum ejus futuram fuisse.

628. Herus vel hera cogi nequit testimonium de moribus, habilitate, &c., administri aut famuli dare, nisi ex pacto speciali hoc facere teneatur (*a*). Quum ut usu venit, Caius qui operam Julii conducturus est, inquit a Petro cui jam inservit, de illius moribus, habilitate, &c., testimonium sive verbis sive scriptis datum ex jure privilegio potitur [*it is a privileged communication*]; et si Petrus bona fide et sine malitia egerit, nulla actio ei intendi

(*a*) If any person falsely personate any master or mistress, and either personally or in writing give any false, or forged, or counterfeit character to any person offering to be hired into the service of another, such person will be liable for a misdemeanor, punishable by fine or imprisonment. If a master knowingly give a false character of a servant to a person about to hire such servant, and he afterwards rob or injure his new master; the latter may recover the damages he has sustained from the former master, who will in general be guilty also of a misdemeanor.

poterit ob ea quæ dixerit vel scripserit, etiamsi vera non essent. Si vero male erga Julium affectus mendacia de eo protulerit, Julius actionem ei intendere poterit. Maria conductura Juliam inquisivit a Clara, apud quam ut educatrix [*governess*] olim Julia vixerat, de hujus moribus et habilitate. et quare dimissa esset. Clara respondit se Juliam dimisisse, quia inhabilis, inelegans [*not ladylike*], non leni animo [*good-tempered*] esset. Actione Claræ intentâ, probatum est eam bis eo anno, quum Julia apud eam vivebat, aliis hanc commendasse; et quum testimonio aliorum probatum esset Juliam habilem, elegantem, et benignam vulgo existimatam esse, declaratum est a juratis Claram malitiose egisse, et damna propter calumniam Juliæ solvere coacta est.

629. Quum in conducendis famulis convenit, nullo pacto speciali addito, ut herus certam mercedem ministro aut famulo solvat, ipsam pecuniam, non aliam rem, solvere tenetur. Insuper ex 1 et 2 Guliel. IV. c. 37 [*Truck Act*] si aut is qui conducit operarios, aut ejus procurator, pactum conficit ex quo aliqua pars mercedis bonis et non pecunia solvenda est, cum opificibus, qui in conficiendis instrumentis ex ferro, lapide, argilla, ære, vel stanno occupantur; aut in opere florum ducendorum, aut texendi &c., aut in vasis fingendis ex vitro, murrha [*china or porcelain*], &c.; multari potest 10 libris ob primam hujus legis violationem, 20 ob secundam, et 100 ob tertiam. Sed hæc lex præter plures alios ministros et famulos, non complectitur famulos aut domesticos, nec eos qui in agricultura occupantur, aut qui ad negotia faciendâ conducuntur.

Punctum Secundum.

De juribus et obligationibus artificis et discipuli [master and apprentice] inter se.

630. Tantum necessarium est tractare de juribus et obligationibus artificis et discipuli inter se; quia quantum attinet ad alios, præscripta omnino eadem sunt atque ea quæ jam exposuimus. Discipuli qui in operibus magistri agendis delictum [*a misdemeanor*], aut improbitatem [*ill behaviour*] admiserint, aut rem male gesserint, ex magistratuum auctoritate aut condemnari possunt ut in carcerem conjiciantur in aliquod tempus tribus mensibus non amplius, aut merces eis solvenda minui potest. Item si se ab artifice amoverint, cogi possunt a magistratibus ad illum reverti, et apud illum usque ad tempus præfinitum permanere, aut ei satisfacere alio modo; quod si non fecerint, in carcerem conjici possunt. Si vero discipulus jam septem annos in disciplina addiscenda

permanserit, diutius permanere apud artificem cogi nequit. Si discipulus quum præmium quod artifici solverit minus decem libris fuerit, se amoverit ante tempus præfinitum, tenetur artifici satisfactionem a magistratibus constitutam dare, et si hoc non fecerit in aliquod tempus tribus mensibus non amplius in carcerem conjici potest.

631. Si artifex male et perverse se gesserit erga discipulum, aut si cibaria necessaria et salubria ei suppeditare recusaverit, magistratus mandare possunt artifici ut reddat discipulo formulam qua in disciplinam traditus est [*the indenture*], et præmium quod solverit, et ad hoc exigendum illius bona occupare licebit; et si hoc modo id exigi nequit, penes magistratus est jubere ut artifex in carcerem in tempus aliquod duobus mensibus haud amplius conjiciatur. Quum discipulus artifici in disciplinam traditur ab eis quibus cura pauperum est [*the poor law guardians*] si ille aut discipulum dereliquerit, aut domicilium suum ultra 40 milliaria amoverit, indicio non dato eis a quibus puer in disciplinam traditus est; aut si eum, sine magistratuum consensu, quacumque ex causa dimiserit aut alii in disciplinam tradiderit magistratibus non consentientibus, decem libris multandus est; et si mavult non solvere, in carcerem conjiciendus est in tempus neque uno mense minus neque sex amplius. Artifex qui condiciones contractus quo discipulus in disciplinam traditus est implere, aut recusaverit, aut sponte neglexerit, 20 libris non amplius multari potest.

632. Dissolvitur hic contractus 1. lapsu temporis præfiniti: 2. mutuo consensu; sed necesse est ut instrumentum quo discipulus in disciplinam traditus est aut destruatur, aut discipulo aut alii tradatur eo fine ut contractus irritus fiat; 3. morte aut artificis aut discipuli: 4. si artifex foro cesserit; et si præmium artifici solutum fuerit, tribunal quod res eorum qui foro cesserint administrat, habita ratione temporis per quod discipulus apud artificem habitaverit, aut totam aut aliquam partem pecuniæ reddi discipulo ex bonis artificis jubere potest: 5. denique contractus rescindi potest ex mandato magistratuum ob delictum vel artificis vel discipuli; et ad hac sufficit ut discipulus mandatis rationabilibus artificis obtemperare recusaverit. Quum vero contractus ex mandato magistratuum irritus efficiatur, hi possunt artificem jubere totum præmium vel aliquam partem discipulo reddere; et si hoc non fecerit, mandare possunt ut bona ejus arripiantur. Si vero haud satis bonorum habeat, in carcerem conjici potest in tempus tribus mensibus non amplius.

Quod attinet ad minores, quanquam possunt se in disciplinam tradere, attamen pactis quibus se in eam tradunt, nisi Londini in ipsa urbe, non obligantur. Neque potest artifex ex hoc contractu

ad modum consuetum confecto minorem dimittere, quia delictum admiserit; sed potest cum potestate quasi paterna moderate corrigere, aut causam apud magistratum deferre ut secundum legem puniatur. Sed omnino expedit ut artifex contractum cum ipso minore ne ineat, sed cum ejus patre aut curatore.

§ 3. *De fidejussione, pignore, et hypotheca seu vadio mortuo.*

Punctum Primum.—De fidejussione [guarantee].

633. Tres contractus de quibus nunc agendum est accessorii appellantur. Fidejussio, quatenus ad causas privatas attinet, est contractus quo quis suscipit alterius obligationem, si ipse principalis debitor eam non impleverit. Hunc contractum scriptis confici necesse esse supra exposuimus (a). Quoniam ex ipsa hujus contractus natura non obligatur fidejussor nisi deficiente debitore principali, cessante aut non subsistente principali obligatione liberatur fidejussor. Attamen si quis fidejubeat pro muliere matrimonio juncta, aut pro minore, de rebus non necessariis, quanquam ii pro quibus fidejubet non obligantur, is tamen qui sciens pro eis fidejubet, ipsis deficientibus, in conscientia debitum solvere tenetur; et etiam ad hoc ex lege non raro cogeretur, quia in pluribus casibus tanquam debitor principalis haberetur; et quum ut principalis obligatur, necesse non est ut promissio scriptis ineatur. Quanquam necesse est ut promissio ad obligationem implendam scriptis conficiatur, necesse tamen non est ut summa pro qua fidejubetur declaretur. Sed quum Caius literis aliove scripto proponit aut offert se Julium qui non est præsens indemnem præstaturum, Sylvio deficiente, si bona pecunia non præsentī huic præbebit, contractus fidejussionis perfectus non est antequam a Julio acceptetur, et acceptio Caio intimetur; et namque donec hoc fiat, deest saltem consensus externus Julii in contractum. Aliter vero esset si Caius Julio instrumentum tradidisset, aut si Julius fidejussionem a Caio postulasset, aut si recusasset bona Sylvio dare pecunia non præsentī, nisi Julius fidem pro eo interponeret; quia in his casibus consensus Julii jam intimatus est, et sufficit ut Caius obligationem scriptis suscipiat. Quum Caius fidejubeat pro duobus vel pluribus, qui societatem inierunt ad negotium gerendum, aut pro aliquo qui appella-

(a) "But if a party admit that he has made a binding guaranty, by paying money into court, on a count charging him with it, that renders proof of a written instrument unnecessary." Every One's Own Lawyer, p. 123.

tionem societatis rem gerit [*a single person trading under the name of a firm*], et aliquis ex sociis, aut is qui solus nomine societatis rem gerit, desinit esse socius, quantum attinet ad obligationes post hoc contractas, ille non obligabitur, nisi appareat aut ex ipso instrumento aut ex circumstantiis, partes voluisse ut obligatio, non obstante hac mutatione, perduraret (*a*). Et idem dicendum est de obligatione ipsius societatis, si ipsa fidem pro aliquo interposuerit.

634. Nunc videndum est quatenus fidejussor obligetur. Quum Julius se obligat ad certam pecuniam, aut ad pretium bonorum Caio deficiente Sylvio, solvendum, utique ejus obligatio clara est. Si vero Caius fidejubeat Julium officio suo fideliter functurum, si officium sit per vitam perduraturum, obligatio permanebit usque ad mortem Julii, etiamsi ipse Caius, promissione non revocata, interim moriatur. Si vero Julius officium tenet tantum in certum tempus, hoc tempore elapso Caius ab obligatione absolvetur, etiamsi tempore statuto elapso Julius iterum officio præponetur, nisi expresse pactum fuerit ut, si iterum officio præponatur, obligatio Caii perduratura sit. Julius muneri vectigalia exigendi sine ulla temporis circumscriptione præpositus est. Ex lege necesse est ut is qui tali muneri præponitur, fidejussorem præstet, qui facto [*by bond*], spondeat eum hoc officio fideliter functurum. Caius modo præscripto spondit Julium in omne tempus reliquum [*at all times thereafter*] officio suo fideliter functurum. Hic post plures annos peculatum fecit, et actione Caio intenta declaratum est hujus obligationem post primum annum expletum desiisse; quia ex statuto parlamenti Julius huic muneri nisi in unum annum præponi non debuerit. In alio casu quum Petrus exactore vectigalium cujusdam municipii ad arbitrium corporis [*corporation*] constitutus esset, Paulus spondit eum fideliter officio functurum quamdiu id teneret, sive ex præsentis sive ex aliqua futura electione. Ex 5 et 6 Guliel. IV. c. 76, s. 58, exactor vectigalium nonnisi in unum annum constitui debet, et ita ab initio constitutus est Petrus; sed nova lege lata, ex qua quis huic muneri præponi posset ad arbitrium corporis, Petrus ei postea hoc modo præpositus est. Post plures annos Petrus peculatum fecit, et actione Paulo intenta, declaratum est eum adhuc obligatum esse. Attamen Paulus non obligatur nisi de eis vectigalibus quæ in usum corporis rite exigì possunt; neque obligatur etiamsi ideo non rite exigantur quia ex aliquo errore Petrus muneri

(*a*) "All guarantees for the payment of goods sold to a third party are exempt from stamp duty. But guarantees not relating exclusively to the sale of goods and chattels must be stamped with an agreement stamp." Ibid. p. 124.

non legitime præpositus est, et igitur facultate vectigalia exigendi non potitus est. Caio muneri portoria in quodam loco exigendi præposito, Julius spondit eum hoc officio fideliter functurum. Postea novum portorium in carbones exportandos impositum est. Caius peculatu admissio fugit, et actione Julio intenta, declaratum est eum non teneri pecuniam solvere quam Caius ex portorio in carbones imposito exactam abstulisset (a). Petrus spondit Paulum, Julii procuratorem, pecunias quas pro hoc acceperat, certo die soluturum; quo non facto, Julius actionem Petro intendit, sed quum probatum esset Paulum pecunia spoliatum esse, iudex declaravit Petrum non esse obligatum. Quum Petrus spondet Paulum, Julii procuratorem et Sylvii socium, rite soluturum pecuniam quam pro Julio acceperat, obligatio Petri tantum pertinet ad pecuniam quam ipse Paulus, non vero ad eam quam ipse simul cum socio, pro Julio acceperat. Iterum si Paulus nullum socium habet, quum Petrus pro eo sponsor fit, si postea societatem cum Sylvio ineat, hoc ipso Petrus obligatione liberatur. Item desinit obligatio, quum Julius cui facta est sponsio moritur, et quod spectat ad obligationes post mortem Julii contractas, nullo modo obligatur Petrus Julii exsecutoribus. Si sponsio data sit societati simpliciter dictæ, et societas postea corpus efficiatur, obligatio sponsoris desinit (b). Sed mera mutatio nominis societatis, eisdem sociis permanentibus, non sufficit ad sponsoris obligationem dissolvendam.

635. Tribunalia diligenter vigilant, ut is qui pro alio spondet fraude ne circumveniat, et ideo quum Caius spondet Julio, se pecuniam huic debitam a Sylvio, hoc deficiente, præstaturum, si Julius ex fraude aliquam rem celaverit quam Caii scire intersit, etiamsi Julius se nullum commodum inde accepturum sperat; aut si hoc sciente res alicujus momenti in falsum conversa fuerit, fidejussio irrita est. Item si Caius sponsor fiat, credens Petrum secum cosponsorem fore, si Petrus instrumento subscribere recuset,

(a) "In like manner it has been held, that in construing an agreement in the form of a bond, by which a surety became liable for the due fulfilment of an agent's duties, therein particularly enumerated, a general clause in the obligatory part of the bond must be controlled by reference to the prior clauses, specifying the extent of the agency . . . But where the surety's engagement related to the continuance of Peter in the office of *clerk* to a banker, and the defence was, that he had been appointed *manager*, the plea was held bad, because it did not show that Peter ceased to be clerk when he became manager." Chitty, p. 486 et in notis.

(b) "A guarantee by two persons in the following form: 'We undertake and guarantee that the sum of £400, and interest, shall be duly paid to you, on the 12th day of June, 1873, in the proportion of £200 each' has been held to impose only a several liability on each to the extent of £200." Ibid. p. 488.

Caius obligatione liberatur, nisi ipse hunc modum se eximendi expresse renuntiaverit. Si Sylvius obligationem suam non impleverit, Julio connivente aut tam negligente ut oculos quasi clausisse videatur ne Sylvium delinquentem videat, Caius liberabitur. Quum Caius promittit se nomen suum inscripturum in tergo syngraphæ, ex qua solvendum est pretium mercium quas Julius vendidit Sylvio, ea conditione ut ipse accipiat 5 ex 100 de pretio, declaratum est eum non obligari ut nomen inscribat, nisi syngrapha intra tempus rationabile ei oblata fuerit; et quum in alio casu pactum esset ut Caius mille libras, Sylvio deficiente, Julio solveret, et Julius solutionem a Sylvio accepisset non pecunia probata, sed aliis instrumentis, ex quibus pecunia debita soluta non est, declaratum est Caium sua obligatione liberatum esse. Et universe ex ipsa natura contractus accessorii, quandoque aut Sylvius principalis debitor ex obligatione eximitur, aut Julius creditor accipit alium debitum Sylvii vice illius de quo spondit Caius, quod *novation* appellatur, hic obligatione sua liberatur. Quin immo apud tribunalia æquitatis mera conventio rite inita, qua Julius se obligat ad Sylvium eximendum, Caium liberabit. Et secluso pacto speciali, si rite convenerit ut Julius aliquam partem debiti vice totius aut ab ipso Sylvio aut ab alio pro eo solvendam accipiet, Caius eximitur; et idem dicendum est si Julius aliquo novo rato contractu, etiam verbis inito, se obligat ad actionem Julio non intendendam, aut ad tempus quo debitum solvi debebit protrahendum; aliter autem esset si solutionem exigere in aliquod tempus bona fide omitteret. Item aliquâ mutatione in contractu inter Julium et Caium, etiam bona fide, factâ, aut in instrumento quo Caius pro Sylvio spondet, aut si pactum quodcumque secretum ineatur inter Sylvium et Julium de re de qua spondit Caius, hic ab obligatione immunis redditur. Et quum duo sunt sponsores et creditor paciscitur tempus protrahere in gratiam unius, alter liberatur.

636. Quod attinet ad sponsores, is a debitore principali exigere potest compensationem omnium damnorum et impensarum, quas facere coactus est; et si creditor acceperit a debitore alias cautiones de pecunia quam sponsor solverit, has a creditore deprecari potest. Si sunt plures, v. g. tres sponsores, Petrus, Paulus, et Caius, et hic plus quam suam partem solverit, ex aliis compensationem exigere potest; si vero totum debitum solverit, et Petrus solvendo non erit, apud tribunal æquitatis, non autem juris, dimidiam partem pecuniæ solutæ a Paulo potest reposcere.

637. Si Caius spondendo induxerit Julium ad bona Sylvio præbenda aut ad aliquid aliud agendum, unde Julius damnum patitur, sane Caius hoc reparare tenebitur, neque licet ei ope argu-

tiarum juris salva conscientia obligationem effugere. Aliter vero esset si fraude vel dolo ad spondendum adductus esset, aut si tantummodo rogatus esset ut nomen suum cuidam instrumento subscriberet. Sic Sylvius conducturus domum a Julio in 30 annos attulit Caio instrumentum a procuratore litium Julii confectum, quo cautum est ut, Sylvio deficiente, Caius mercedem annuam solveret. Caius nomen suum subscripsit, et post paucos annos Sylvius foro cessit. Ex lege tunc existente pretium quod pro cautione datum est in instrumento exprimi debebat, quod factum non erat, et ideo instrumentum irritum erat; sed neque Julius neque Caius hoc sciebat. Caius nunquam aut verbis aut scriptis cum Julio de hac re communicaverat; neque quidquam aliud ab eo requisitum erat, nisi ut nomen suum instrumento, jubente Julio confecto, subscriberet. Caius vir pius voluit domum reddere Julio, et mercedem annuam usque ad tempus domus reddendæ debitam solvere. Julius recusavit ad has condiciones accedere, voluitque Caium cogere domum in totum tempus locationis retinere. Actione de hac re Caio intentata declaratum est eam non competere. Et casu ad nos relato ex foro conscientiae, respondimus Caio licere præscripto legis stare. Caio nunquam in animum venerat se obstrictum iri ad domum retinendam in totum reliquum tempus locationis, postquam Julius eam habitare desineret, et nihil aliud ab eo postulatum erat nisi ut nomen instrumento subscriberet. Certe si instrumentum ratum esset, Julio licuisset, si bona fide egisset et merces annua justa esset, Caium cogere domum in reliquum tempus retinere. Sed de utraque conditione grave dubium abortum est, tum quia tanta merces annua postea pro domo obtineri non potuit, tum quia Julius vir subdolus, instrumento operæ procuratoris confecto, Caium in rebus parum versatum astringere voluit ad domum in plures annos retinendam. Si is qui cautionem acceperit, fidejussorem dolo vel fraude ad eam interponendam induxerit, ejus executionem salvâ conscientiam exigere nequit; et si alius eum deceperit, damna quæ ex suo dolo evenerint reparare tenetur, etiamsi dolus vel fraus in foro civili probari nequeat. Et revera expedit ut homines rarissime fidejubeant. Nemo ignorat quanta mala ex fidejussionibus quotidie inferantur. Quum quis foro cedit aut debita sua solvere nequit, homines sæpe eum excusant, quod pro amico fidejusserit. Sed qui fidei jubet quum obligationi satisfacere nequit, injuste facit et eis quibus fidem obligavit, et suis creditoribus, quorum justa postulata propter hanc obligationem solvere nequit, et improvidus et iniquus est suæ familiæ, quæ rebus ad vitam necessariis privatur. Tenetur homo justus et pius nullam suscipere obligationem, nisi salvis officiis tum justitiæ tum pietatis, ei satisfacere possit; et sacerdotes præ-

sertim qui se debitis obruunt, quæ neque ab ipsis ante mortem, neque post ex eorum bonis solvi possunt, tum ob scandalum tum ob injustitiam rationem Deo reddere cogentur.

§ *Tertia. — De pignore, de hypotheca, et de vadio mortuo.*

Punctum Primum.

De Pignore.

638. Pignus est contractus quo debitor rem mobilem creditori suo tradit ad debitum tutum præstandum. In jure nostro hic contractus *bailment of goods* dicitur. Hunc contractum jam satis exposuimus, quum de pigneratoribus, et de contractu qui *bailment* dicitur ageremus. Ex jure nostro is qui pignus tradit, *implicite* spondere censetur 1. rem in pignus traditam esse suam; et 2. se rem non ablaturum ante debitum solutum. Insuper tenetur non tradere rem vitiosam, aliter ad damna quæ inde patietur creditor reparanda, saltem jure naturali, astringetur. Creditor tenetur rem pignori datam diligentia ordinaria conservare. Si pro eodem debito plures res pignori tradantur, quarum una sine culpa creditoris deperdatur, alias retinere potest, donec totum debitum solutum fuerit. Si debitum tempore statuto non solvetur, potest creditor rem oppigneratam vendere, etsi nullum pactum expressum de hoc initum est; aut actionem debitori intendere, re oppignerata retenta. Si vero tempus quo debitum solvendum est non sit determinatum, creditor pignus vendere nequit donec solutionem exegerit, et debitori indicaverit se rem venditurum esse. Cetera præscripta quæ ad hanc materiam attinent locis indicatis explicavimus.

Punctum Secundum.

De hypotheca et de vadio mortuo.

639. Vadium [*a gage or pledge*] in nostro jure duplicis est generis, *vivum vadium* et *mortuum vadium*. *Vivum vadium* est contractus quo Julius agros aut aliam rem frugiferam tradit Caio, a quo mille libras mutuas recepit, ab eo tenendam donec ex lucris et emolumentis debitum solvatur. Hoc vadium dicitur *vivum*, quia statim atque debitum solutum erit, agri ad Julium revertentur. *Vadium vero mortuum* [*mortgage*] est contractus quo Julius, qui mille libras mutuas acceperat a Caio, huic rem sive mobilem sive immobilem abalienat, ea conditione ut si debitum cum fenore certo die præfinito solverit, Caius rem iterum Julio abalienare teneatur; si vero pecuniam tempore statuto non solverit,

ut res in Caii dominium absolute transeat. Dictum est vadium mortuum, quia debito non soluto res statim et absolute ad Caium pertinet. Ante lapsum temporis præfiniti Caius tenens in vadio mortuo dicitur. Quum agri in vadio mortuo abalienantur, secluso pacto speciali, integrum est Caio, nisi aliquis tertius tunc eos possidet, agros ingredi et tenere usque ad tempus quo debitum solvendum est. Si vero Petrus agros possidet tempore vadii mortui, hic quidem jure suo privari nequit; sed secluso pacto speciali reditus Caio solvere cogi potest. In computanda summa a Julio solvenda, ratio utique reditus sic accepti haberi debet. Si vero agri locarentur Petro post vadium mortuum confectum, Julio non consentiente, ille ex agris ejici posset. Re vera tamen, quum agri in vadio mortuo abalienantur, pactum semper initur, ut Julius [*the mortgagor*] possessionem agrorum teneat usque ad tempus solvendi debiti, quo non soluto, Caio [*the mortgagee*] licet agros occupare. Sed quanquam ex jure communi habetur Caius pro domino absoluto agrorum, attamen ex æquitate Julio conceditur facultas agros redimendi, qua tamen facultate nunc intra viginti annos uti tenetur, nisi Caius scriptis agnoverit Julium hac facultate potiri; quo casu viginti anni a tempore agnitionis factæ computandi sunt. Hæc facultas agros redimendi *æquitas redemptionis* appellatur. Ex ea potest Julius actionem intendere ad agros redimendos [*file a bill to redeem*] apud tribunal æquitatis. Si possessionem agrorum non acceperit Caius, actio ei intenditur ut soluta sorte, fenore, et impensis, agros iterum Julio abalienare cogatur. Si vero Caius possessionem agrorum acceperit, actio adversus eum competit, ut conficiantur et computentur rationes lucrorum et emolumentorum quæ is ex agris perceperit, et pecuniæ quam ex sorte, fenore et impensis debeat Julius, et ut his compositis et pecunia quæ deest ex sua parte a Julio soluta, Caius cogatur agros iterum Julio abalienare, eorumque possessionem ei tradere. Hoc jus exercere potest Julius quolibet tempore intra viginti annos, et tribunalia æquitatis eum habent pro domino status, eodem modo quo ante vadium mortuum datum, et ipsum vadium mortuum habetur tamquam debitum agris impositum. Hinc mortuo Julio agri ad ejus heredem aut legatarium pervenient, ex quibus tamen nunc secundum 17 et 18 Vict. c. 113, et non ex rebus mobilibus defuncti, debitum solvendum est. Pecunia vero ex vadio mortuo soluta non ad heredem Caii [*the mortgagee*], sed ad eos qui vice ejus funguntur [*his executors or administrators*] perveniet.

640. Si debitum solutum non est tempore statuto, neque Caius solutionem postulavit, neque quidquam ad id exigendum fecit, Julius debitum solvere nequit, renuente Caio, nisi post indicium

sex mensium datum, et interim fenus de quo pactum est solvere tenetur. Et si Caius possessionem agrorum non obtinuerit, ei licebit agros ingredi ad possessionem obtinendam, et si hæc ei denegetur, actionem ad agrorum possessionem obtinendam intendere potest apud judicem, sive juris com. sive æquitatis, quolibet tempore intra viginti annos ex quo jus talem actionem intendendi ortum est, aut ex quo aliqua pecunia ratione sive sortis sine fenus soluta est. Si tempore statuto in solutionem elapso, debitum intra spatium rationabile non solvetur, actio apud tribunal Cancellariæ intendi potest ad exigendum ut Caius debitum statim solvat, et si hoc non fecerit, ut æquitate redemptionis privetur. Hæc actio a *bill of foreclosure* dicitur. Potest quidem tribunal Cancellariæ agros absolute petitori adjudicare, sed hoc plerumque non faciet; namque tali actione intenta jubere potest ut agri vendantur. et ut quicquid pretii supersit quum Caii postulatis satisfactum fuerit, Julio tradatur; et si tribunal Julio petente agros vendere et rationes componere recuset, ad senatum superiorem appellari potest. Insuper vel ipse Julius vel alius qui postulatum habet aut ex jure aut ex æquitate ad aliquid ex agris exigendum, Caio consentiente, mandatum de agris vendendis impetrare potest a tribunali Cancellariæ; si vero Caius non consenserit, tribunal exiget ut is, qui mandatum petit, summam rationabilem apud ipsum deponat in modum cautionis, ut conditiones a tribunali impositæ servantur. Quum eo petente cui agri in vadio mortuo oppignerati sunt, tribunal mandat ut vendantur, si ipsi concedatur potestas licitandi, venditionem administrare ei non permittetur. Actione intenta a Caio ad æquitatem redemptionis auferendam, tribunal etiam pluries tempus protrahet, quum spes rationabilis existit futurum esse ut Julius pecuniam solvat, ea tamen conditione ut hic fenus et impensas actionis statim solvat. Sed quum ipse Julius actionem intenderit ad agros redimendos, tempus non protrahetur. Sed nullum pactum, etiamsi in instrumento ipso quo agri oppignerantur inseratur, æquitatem redemptionis auferre potest, ne si Julius quidem mortuus sit, nullis heredibus corporis relictis. Si vero Julius [*the mortgagor*] fraudem admiserit, v. g. si eosdem agros Petro in vadio mortuo tradiderit, quos jam Caio eodem modo abalienaverit, nullo indicio primi vadii mortui dato, æquitate redemptionis juste privabitur. Quanquam vadium mortuum ab uno in alium transferri potest sine consensu illius cujus agri oppignerati sunt, attamen nemo vadium mortuum, ne primum quidem, accipere debet, eo a quo concessum est non consulto; quia non raro evenit ut totum instrumentum suppositum sit. Multæ mulieres meris verbis suorum procuratorum litium confisæ credunt pecunias suas, cautione vadii mortui interposita, esse

collocatas, dum revera procurator eas in usus suos privatos convertit. Præterea etiamsi instrumentum verum et germanum sit, is qui accipit vadium mortuum, domino agrorum inconsulto, id accipit pro tanta pecunia quanta sufficit ad rationes componendas inter hunc et alium qui agros in vadio mortuo abalienaverit. In vadiis vero mortuis secundis adhuc magis necessarium est dominum agrorum consulere; quia si is cui abalienatur hoc non fecerit, et instrumentum, etsi a domino agrorum subscriptum, fraudulenter obtentum fuerit, prorsus irritum erit. Caius procurator litium attulit Julio, cujus negotia legalia procurabat, instrumentum quo dicebat pactum esse ut quædam facta [*deeds*] Petro traderentur. His auditis Julius instrumento subscripsit suoque sigillo signavit. Re vera instrumentum erat vadium mortuum secundum, et Paulus censens agros sufficientis esse valoris ad pecuniam etiam ex secundo vadio mortuo solvendam tutam præstandam, hanc Caio dedit. Sed fraude Caii probata juste declaratum est Julium pecuniam solvere cogi non debere, quia Paulus hunc consulere debuerit. Is, cui vadium mortuum abalienatum est, jure potitur ad totam pecuniam ex eo solvendam exigendam, etsi id pretio minore emerit. Sed si is, cui agri in vadio mortuo abalienantur, eos *possideat*, cavere debet cui hos abalienet; quia si is solvendo non esset, cogi posset rationem reddere de emolumentis etiam post abalienationem perceptis, nisi dominus agrorum [*the mortgagor*] in abalienationem consenserit.

641. Quum iidem agri pluribus successive in vadio mortuo abalienantur, et posteriores cognoverint eos prioribus hoc modo abalienatos esse, totum postulatum justum illius qui primus eos in vadio acceperit solvendum erit, antequam quidquam solvetur ei qui secundus eos sic acceperit; deinde huic satisfaciendum erit prius quam tertius quidquam accipiet; et sic deinceps. Si vero posteriores ignoraverint agros prioribus in vadio mortuo esse abalienatos, postulatum illius qui primo agros vindicabit, plerumque prævalebit, secundum pronuntiatum, *qui prior est tempore potior est jure*; sed aliquod privilegium ei conceditur qui agros possidet. Si Julius agros certos in vadio mortuo successive abalienaverit Caio, et Petro, et Paulo, et hic tempore abalienationis sibi factæ sciat agros Caio esse abalienatos, sed nesciat eo tempore quo pecuniam solverit abalienationem Petro factam esse, postea cognita secunda abalienatione, emere potest jus Caii ad agros, quo facto proprium suum jus primo loco ponetur, et jus Petri huic postponetur. Et hoc facere potest, etiamsi Petrus apud judicem jam agat de redimendo vadio mortuo quod Caio factum est (*though it be pending a bill brought by the second mortgagor to redeem the*

first). Sed decreto de prioritare componenda a iudice lato, posteriora postulata prioribus anteponi nequeunt. Hic modus posteriora postulata cum primis, aliis prætermisissis, coniungendi in jure *tacking incumbances* appellatur; et si is qui posterius habet postulatum bona fide ignoraverit postulata eorum omnium quorum jus postponitur, potest sine iniustitia ad rationem expositam postulata coniungendi recurrere. Sed quum Julius, abalienatione Petro facta non declarata, eosdem agros Paulo in vadio mortuo abalienat, ipse iniustitiam tum Petro tum Paulo infert, et damna quæ ex fraude sua sequuntur reparare tenetur.

642. Sed pecuniâ tempore debito non solutâ, potest Caius ex formula secundum quam nunc fere semper conficitur instrumentum, agros quos in vadio mortuo acceperit vendere, nulla auctoritate a iudice accepta, ita tamen ut quum suis iustis postulatis satisfactum fuerit, residuum Julio tradere debeat; et etiamsi tale pactum in instrumento non interponatur, adhuc ex 23 et 24 Vict. c. 145, servatis conditionibus ibi præscriptis, agros vendere potest (a). Quum Caius quî possessionem agrorum non habet, pecuniâ tempore statuto non solutâ, actionem ejectionis apud tribunal juris com. Julio intendit, ad possessionem agrorum exigendam, si tunc nulla actio apud tribunal æquitatis intendatur, neque ex parte Julii ad exigendum ut agri iterum ei abalienentur, neque ex parte Caii ad æquitatem redemptionis auferendam, potest Julius apud tribunal juris com. ex 15 et 16 Vict. c. 76, s. 219, mandatum obtinere, quo Caius ab actione prosequenda restringetur, et quum omnibus ejus iustis postulatis satisfiet, agros Julio abalienare cõgetur.

643. Quum Caius, mille libris mutuis a Petro acceptis, certos agros ei ad hoc debitum tutum præstandum abalienat, si pretium agrorum non sufficiat ad totum debitum solvendum, Caius non ideo a toto debito liberatur, sed quod deest ex aliis rebusolvere tenetur. Sed si Paulus emit agros qui vadio mortuo onerantur, ipsi quidem agri vendi possunt a Petro modo exposito, sed Paulus ad nihil aliud tenetur, etiamsi pretium agrorum ad debitum solvendum non sufficiat. Attamen si Paulus novum pactum ineat cum Petro de agris redimendis, pretio soluto, debitum in se recepisse censebitur, et ideo si pretium agrorum non sufficiat, id quod deerit ex propriis rebusolvere tenebitur. Quum Caius, mille libris mutuis a Petro et Paulo acceptis, certos agros

(a) By this Act, unless it be expressly stipulated in the deed that the Act shall not operate, the mortgagee has certain powers as to insuring against fire; and the appointment of a receiver, to collect the rents and profits as agent to the person entitled to the property, subject to the charge.

eis in vadio mortuo abalienat, Petro mortuo, in jure com. censebitur pecuniam debitam et vadium mortuum Pauli esse, in æquitate vero is pro fiduciario exsecutoris testamenti Petri aut ejus administratoris habebitur. Quum Petrus agros a Paulo emptos ei in vadio mortuo abalienat ad partem pretii tutam præstandam, et chirographum ei pro residuo tradit, agri non magis obligantur Paulo ob pecuniam ex chirographo debitam, quam cuilibet alii Petri creditori. Sed si Paulus, ex pacto cum Petro inito, servat instrumenta quibus dominium agrorum probatur [*the title deeds*], et factum abalienationis, ad pretium agrorum tutum præstandum, agros in vadio mortuo ex æquitate [*an equitable mortgage*] tenere censebitur, quod contra jura heredis, et emptoris qui indicium hujus rei acceperit (aliter vero si tale indicium non acceperit) prævalebit. Sed ii, quibus commissa est administratio bonorum illius qui foro cesserit, ligantur hujusmodi vadio mortuo, etiamsi ejus existentiam ignoraverint. Quum Petrus certos agros Paulo in vadio mortuo abalienat, qui ideo dominium status legalis accipit, si hic postea aliam summam mutuam Petro dabit, neque ei indicatum fuerit, Petrum agros interim Caio abalienasse, et factum abalienationis debite in tabulas relatum esse, Caius agros obtinere non poterit donec tota pecunia debita Paulo soluta fuerit. Et quoniam instrumentum in tabulas relatum pro indicio legali non habetur, etsi vadio mortuo in æquitate obligati sunt Paulo agri qui Petro venditi sunt, idque Paulus in tabulas retulerit, attamen hoc non obstat juri Sylvii qui agros bona fide et pretio æstimatione digno a Petro emerit, aut eos per factum abalienationis in vadio mortuo acceperit; quia quum in his casibus æquitas ex utraque parte æqualis sit, jus illius cui lex favet prævalebit.

644. Vadium mortuum in æquitate confici potest a domino agrorum per meram traditionem instrumentorum quibus ejus titulus ad eos habendos continetur. (a) Quum Petrus abalienat Paulo agros quos tantum in annos tenet a Julio, hic a Paulo redditum, et executionem pactorum quæ in locatione continentur exigere potest; sed hoc facere nequit Julius si agri non in vadio mortuo abalienantur Paulo, sed tantum ei locantur. Quum vero

(a) Lord Westbury (Lord Chancellor) said in the House of Lords, February 18th, 1862, "A proprietor of an estate goes to his banker, and says, 'Take these deeds into your possession, and obtain for me £10,000 on their security'—that is a mortgage by deposit of title-deeds—an equitable mortgage—a most convenient mode of raising money. Notoriety is dispensed with, and the accommodation afforded, with every security to the lender, and without the interference of a lawyer. No written instrument is required." Cf. ap. "Every Man's Lawyer," p. 222.

abalienatio in vadio mortuo fit per meram locationis [*the lease*] traditionem, is quitale vadium mortuum accipit pacta in locatione apposita servare non tenetur, neque cogi potest abalienationem [*an assignment*] locationis accipere, etiamsi agrorum possessionem acceperit redditumque solverit.

Vadium mortuum rerum mobilium fit per earum traditionem, eo fine ut detineantur, donec debitum solutum fuerit. Et si Paulus qui eas a Petro in vadio mortuo acceperit, aliam pecuniam huic postea dederit, eas retinere poterit donec tota soluta fuerit.

Quivis cui debetur aliquid, sive ex jure sive ex æquitate, ex ipsis agris qui alii in vadio mortuo traditi sunt solvendum, exigere potest ut quum ipse omnia justa postulatasolverit, agri modo supra exposito sibi tradantur (*he can insist on redeeming the mortgage*). Sic quum Julius agros Petro jam abalienatos postea Paulo abalienat, hic jus consequitur exigendi ut quum Petro solverit quidquid juste postulet, is sibi etiam sine consensu Julii postulatum ipsius abalienet.

§ 4. De assecuratione.

645. Assecuratio est contractus instrumento scripto quod *policy of insurance* dicitur confectus, quo quis pactâ certâ pecuniâ aut semel aut repetitis vicibus sibi solvendâ, recipit se alium indemnem præstaturum, ita ut quodam casu eveniente certam pecuniam solvere debeat, vel huic vel eis qui in ejus jura successerint. Casus vero qui in his contractibus spectantur sunt plerumque naufragium, incendium fortuitum, et mors. De hoc triplici genere assecurationis agendum est.

Punctum Primum.

De contractu quo quis de navibus et oneribus cavet.

646. Olim hoc negotium a corporibus (duobus exceptis) geri non potuit, sed anno 1824 hoc præscriptum abrogatum est, et nunc plures societates de navibus cavent. Nunc hoc negotium, aut a societatibus privatis [*firms*] aut ab individuis geri solet qui subscriptores [*underwriters*] appellantur, quia nomina sua subscribunt instrumento [*the policy*], quo contractus assecurationis scribitur. Subscriptores igitur re vera sunt mercatores qui de navibus et oneribus cavent. Corpora a quibus hoc negotium geritur, non tantum Londinii sed etiam in quibusdam aliis urbibus sedem habent; sed cives et societates privatæ quæ de navibus et oneribus cavent [*the underwriters*] sedem habent tantummodo

Londinii in ipsa urbe. Ii, qui hoc negotium olim gerebant, in ædibus quibusdam quæ *Royal Exchange* vocatæ sunt negotiandi causa conveniebant. Sed his igne consumptis, ex illo tempore convenire soliti sunt in conclavi thermopolii [*coffee-house*] quod Lloyds' appellatur. Hoc conclave subscriptorum [*subscription-room*] dictum est ex negotio quod in eo geritur. Ii qui hoc negotium exercent non ideo inter se societatem coeunt [*are not partners*], sed, sicut alii mercatores, in unum locum conveniunt ad res gerendas. Apud Lloyds' negotium geritur a decima hora ante-meridiana usque ad quintam vespertinam. Omnes qui conclave frequentant, ad cavendum de navibus et oneribus, certam pecuniam conferre tenentur ad impensas necessarias exsolvendas, et quidam ex his deliguntur ad res internas consociationis administrandas. Quum aliquis civis aut societas vult in conclave admitti ad negotium subscriptoris gerendum, necesse est ut delectis satisfaciatur, sive summam satis magnam deponendo (*a*), sive alio modo, se damna de quibus caverit resarcire posse.

647. In singulis fere oppidis maritimis totius mundi, ubi negotia magna geruntur, habentur ministri qui *agents of Lloyds'* appellantur, quorum officium est invigilare quæ naves in portum venerint aut ex eo solverint, causam damni quod passa est sive navis sive onus investigare, bona quæ damnum passa sint pro subscriptoribus occupare, et nuncium statim ad subscriptores mittere, qui has res omnes in scriptum quoddam referendas curant. Res etiam majoris momenti duobus libris scribuntur, et in diversis locis conspicuis exponuntur, dum tertius liber, ad quem aditus omnibus civibus patet, in alio conclavi ponitur; unde fit ut quicquid hoc modo Londinium renuntiatur sit, cito per omnes gentes excultas divulgatur.

648. Mercatores et domini navium, qui volunt de mercibus aut de navibus cautionem adhibere, possunt ipsi contractum cum subscriptoribus inire; quo casu breviter condiciones scripto ad subscriptores deferunt, in hoc scripto declarant, de quanta pecunia velint subscriptores cavere, casu eveniente, et quantum ipsi ob istam pecuniam cavendam [*the premium*] solvere parati sint. Hoc scriptum inter subscriptores divulgatur, qui id aut rejicere aut accipere possunt. Si qui subscribere volunt, notant summam de qua præstanda, casu eveniente, parati sunt cavere, primisque sui nominis literis signant. Scriptum ab aliquo ex subscriptorum ministris [*clerk*] circumfertur, donec varii subscriptores de tota pecunia tuta præstanda caverint. Hoc facto singulæ res quæ breviter in scripto expositæ erant, accurate in instrumento

(*a*) Hæc summa nunc dicitur esse £5000. Cf. "Our Seamen," p. 14, by T. Plimsoll, M. P. London, 1873.

[*the policy*] assecurationis scribuntur, et ii omnes, qui de aliqua parte aut navis aut oneris caverunt nomina sua subscribunt. Præmium totum non statim solvitur, sed in primis solvuntur subscriptoribus ternæ cum dimidio pro centenis ex summa ad quam solvendam casu eveniente obstricti sunt. Casu eveniente subscriptores ad summam de qua caverint solvendam tenentur; et si navis tuta in portum destinatum pervenerit, subscriptores statutis temporibus quod restat de præmio colligunt, de quo semper, sive navis tuta in portum pervenerit, sive perierit, 5 pro 100 deducuntur; et si tuta pervenerit aliæ denæ subtrahuntur.

649. Revera tamen assecuratio plerumque conficitur per proxenetam [*a broker*], qui negotium gerit contractus efficiendi inter dominos navis et oneris ex una parte, et subscriptores ex altera. Merces proxenetæ sunt 5 pro centenis, quæ ut diximus ex præmio subscriptoribus solvendo deducendæ sunt. Aliæ denæ libræ quæ deducendæ sunt quum a subscriptoribus nihil damni præstandum est, a proxeneta traduntur ei qui rebus suis, cautione consuluit. Proxeneta est procurator domini navis aut oneris, et accepta mercede consueta contractum assecurationis efficere tenetur; sed habetur tamquam contrahens principalis, quatenus attinet ad præmium quod ex conventionem subscriptori solvendum est, et si id non solverit is qui de rebus suis caverit, proxeneta hoc facere cogetur. Necesse est ut instrumentum signo publico impressum sit antequam subscribatur; namque postea imprimi non potest, ne multa quidem soluta, ita ut in lite testimonio esse possit: proxeneta autem, aut subscriptor, aut quivis alius qui assecurationem confecerit, instrumento non rite impresso, 100 libris multari potest, et proxeneta suam mercedem exigere nequit. Necesse est ut in instrumento inserantur nomina quorundam ex eis, aut nomen societatis, quorum interest ut de bonis caveatur, aut eorum quibus tradenda sunt bona, aut alicujus ex nostris civibus qui contractum cum subscriptore confecerit, aut illius qui mandatum proxenetæ dederit ad assecurationem conficiendam. Hoc contractu caveri potest tum de navi, tum de onere, tum de pretio pro transvectione solvendo, tum de lucro quod ex venditione mercium speratur. Ex forma instrumenti consueta præcavetur de damnis, si quæ accepta fuerint ex navigatione, ex hostibus publicis, aut ex piratis aut furibus, ex incendio, ex projectione mercium ad navem levandam, aut ex fraude navarchi vel nautarum, quæ in jure *barratry* appellatur. Contractu rite confecto, subscriptor damna reparare tenebitur, etiamsi navis perierit ante contractum initum, dummodo utraque pars hoc ignoraverit; quia apud nos in instrumento hæc verba, *sive navis perita erit sive non* inseruntur. Contractus assecurationes ita

confici potest, ut perduraturus sit per unam *aut plures* navigationes, aut in certum tempus nulla navigationis mentione facta, ut infra dicetur. Si contractus attinet ad navigationem, et cursus navigationis in instrumento, ut usus fert accurate notetur, si navis, nisi urgentissima necessitate coacta, vel minimum declinat a navigatione quæ in instrumento assecurationis continetur, contractus irritus efficitur, et etiamsi damnum non accipitur ex eo quod navis de cursu declinaverit, et ea ad rectum cursum redierit antequam damnum evenerit, subscriptor ad nihil tenebitur. Præterea in omni hujusmodi contractu conficiendo censetur ex fide implicite data sponderi navem tempore navigationis inceptæ integram et idoneam esse ad navigationem faciendam; et si probeatur eam idoneam non fuisse, etiamsi damnum non ex hac causa, sed ex alia evenerit, subscriptor id reparare non tenebitur. Attamen quum contractus assecurationis *ab initio* irritus est, non ex fraude neque ex legis violatione sed ex alia causa, ut si in casu prædicto dominus navis bona fide eam integram et idoneam esse putaverit, aut si navis sola e portu navigaverit, contra pactum expressum ut navigationem sine præsidio [*a convoy*] ne faceret, subscriptor præmium restituere tenetur, quia contractus ab initio irritus erat. Et idem de aliis assecurationis contractibus dicendum est. Si vero contractus irritus est ex fraude illius qui cautionem acceperit, aut quia confectus est contra leges quibus ludere pecunia vetitum est, etiamsi in hoc secundo casu utraque pars æqualiter deliquerit, præmium repeti nequit; quia pronunciatum juris est, *in pari delicto potiolem esse conditionem possidentis*. Olim quidem in usum venerat ut ii etiam qui nullas merces navibus transportabant, contractus de eis tutis præstandis conficerent, verbis in instrumento scripto insertis, *sive is qui cautionem de bonis obtinuerit, aliquod commodum circa ea habeat, sive non habeat*. Sed per 19 Geo. II. c. 27 statutum est: "That all insurances on British ships or goods '*interest or no interest*,' or without further proof of interest than the policy itself, or by way of wagering, or without benefit of salvage to the insurer, shall be null and void" (subject to a few exceptions). Et per 14 Geo. III. c. 48, statuitur: "That no insurance shall be made on the life or lives of any person, or other event whatsoever, wherein those on whose account such policies shall be made, shall have no interest or by way of wagering, and that every insurance so made shall be void. That it shall not be lawful to make any policy, without inserting therein the name of the person interested, or for whose use or benefit or account it was made; and that no greater sum shall be recovered from the insurer than the amount of the interest of the insured, in the life or lives or other event or events."

650. Summa in modum præmii solvenda valde diversa est; æstimatur enim ex bonitate navis, ex longitudine et periculo navigationis, ex periculo capturæ ab hostibus si bellum tum geritur, ex tempestate anni, ex natura mercium, et ex aliis rebus quibus pericula adversus quæ cavent subscriptores augentur. Attamen tempore pacis, si navis sit bene constructa et idonea (a) præmium quod exigitur pro assecuratione mercium ejusdem generis, dum ad eundem portum eadem anni tempestate transvehuntur, fixum et determinatum est. Sæpe tamen postquam navis vela panderit, de ea et de onere cavetur, etiam quum timetur ne jam naufragio perierit, et tunc præmium ratione istius periculi magnopere augeatur. Sicut vero, semper, plures subscriptores, nulla societate inter se inita, cavere de navi et onere in se recipiunt, sic etiam si plures sunt domini navis, et plures sunt mercatores qui merces in eandem navem transportandas imposuerunt, singuli possunt de earum rebus præcavere etsi alii hoc facere nolunt; et possunt etiam aut omnino, aut ex parte tantum, de earum rebus præcavere. Insuper etsi quis de rebus suis plene caverit, potest novum instrumentum conficere, et indicio dato eis apud quos pactum primum de damnis præstandis confecerit, iterum de eisdem rebus apud alios subscriptores cavere [*effect a double insurance*], et vel a primis vel a secundis subscriptoribus reparationem totius damni quod passus fuerit exigere. Sed quoniam ex hoc contractu tantummodo permittitur se indemnem præstare, plena compensatione obtenta, v. g. a secundis subscriptoribus, nihil a primis exigere potest, et hi a primis subscriptoribus exigere possunt ut debitam proportionem damni subeant. Attamen primi subscriptores non possunt novum contractum assecurationis [*a re-assurance*] de eadem re de qua ipsi caverint cum aliis subscriptoribus conficere, sed illi ipsi periculum quod susceperint subire tenentur, nisi tamen aliquis ex eis foro cesserit, aut vita decesserit, quia tunc in primo casu is ipse aut ii quibus administratio ejus bonorum confiditur, et in secundo ejus exsecutor aut administrator, novum contractum assecurationis de eisdem rebus cum aliis conficere possunt, dummodo in ipso instrumento declaratum sit hoc esse novum assecurationis contractum, et primum subscriptorem foro cecidisse aut mortuum esse.

651. Ut is qui de navi aut onere cautionem acceperit damni reparationem exigere possit, necesse non est ut casum evenisse probet, sufficiet enim si ex circumstantiis rationabiliter inferri possit damnum evenisse, v. g. si, tempore consueti elapso quo

(a) Index [*a registry*] navium apud Lloyds asservatur, ubi secundum earum bonitatem referuntur. Naves optimæ sub hoc indicio A. 1. referuntur.

navis in portum venire debuerit, nihil de ea auditum est, quia tunc censebitur navem periisse. Quum autem probatur cladem evenisse, damnum potest esse solidum [*total*] aut ex parte tantum [*partial*]; et primum evenire potest, vel quia res prorsus deperit, aut ita disrupta est ut in portum destinatum in propria specie adduci nequit; vel quia, quanquam in portum in propria specie adduci possit, attamen damnum tam grave est ut rationabiliter credi possit dominum rei totum pretium accipere velle, et rem ipsam ascriptori relinquere. Hoc autem, quod *salvage loss* dicitur, evenisse ex jure credendum est, quum damnum tam grave est, ut dominus bonorum ab eis ulterius transmittendis rationabiliter abstineret, v. g. quia ex eis venditis pretium vecturæ non acciperetur. Sed tenetur in hoc casu intra tempus rationabile post nuncium cladis acceptum subscriptoribus annuntiare, se dominium bonorum eis abdicare; aliter damnum ut ex parte speciali [*particular average*] tantum habebitur. Damnum quod ex parte tantum est potest esse speciale aut generale [*a particular average or a general average*]. Damnum hujusmodi speciale id est quod directe ex naufragio aut alio casu sequitur, et hoc ii omnes et soli præstare tenentur, qui de rebus deperditis caverint. Damnum vero hujusmodi generale, id est quod non directe ex clade evenit, sed a nautis et aliis infertur ad navem, onus, &c., servandum. Necesse est, ut supra exposuimus, ut bona projiciantur in mare ad navem, &c., servandam, si enim ipsis fluctibus; in mare jactentur, aut aquâ maris nullius pretii reddantur, aut mali, aut instrumenta navalia vi tempestatis demittantur, aut alia clades casu evenit, damnum est speciale. Similiter si nave exonerato, postea sidat [*be stranded*], damna ad eam servandam facta, sunt specialia, et ideo ab ipsis dominis, aut ab eis qui de his damnis præstandis caverint perferenda sunt. Quum vero damnum est generale ex parte, pactum speciale in instrumentum assecurationis introducitur, quo subscriptores eis de quorum damnis præstandis caverint, non tantum hæc damna præstare tenentur, sed etiam ea quæ ad navem et onus servandum [*salvage*] facere coacti fuerint.

652. Quum, post navigationem inceptam, in instrumento quo cautum est de bonis, hæc verba inseruntur, *sive perdita, sive non perdita sunt*, si is qui cautionem acceperit nescierit tempore contractus initi bona jam deteriora facta esse, compensationem exigere potest, etiamsi tempore damni illati, ea nullo modo ipsi pertinebant. Et si is qui cautionem obtinuerit bona alteri venderit navigatione incepta, et si bona jam perdita escent, adhuc compensationem a subscriptore exigere potest, qua fiducarius illius cui dominium bonorum translatus est.

653. In instrumento assecurationis necesse non est ut ipsa summa ab eis qui de bonis caverint solvenda declarata sit, sufficit enim si cautum est ut valor rerum si forte pereant solvendus est, etsi valor post damnum illatum determinandum est. Hoc instrumentum in jure *an open policy* appellatur. Possunt autem contrahentes convenire in instrumento, ut rebus deperditis summa certa et determinata in compensationem solvetur; et hæc conventio, sive damnum sit majus sive minus, rata et valida erit; nisi tamen is qui cautionem obtinuerit valorem rerum de quibus cautum est fraudulenter auxerit, aut contractus tantummodo ad lûdum in pecuniam tegendum initus fuerit; in quibus casibus contractus irritus est, et is qui cautionem adhibuerit neque etiam damna quæ revere passus est recuperare potest. Contractus ex quo, damno eveniente, summa certa et determinata solvenda est, in jure *a valued policy* appellatur. Sic si in instrumento quo cautum est de ducentis cadis vini, pactum est, duo millia librarum in compensationem damni solvenda esse, *singulis cadis ad decem libras æstimatis*, hoc est *a valued policy*, et ad totam summam exigendam sufficiet proferre libellum oneris quo ostendetur ducentos cados in nave fuisse impositos. Si vere ex libello oneris ostendatur, centum tantum cados in nave impositos fuisse, eis deperditis, subscriptores mille libras tantum solvere tenebuntur; et ex altera parte, damno non eveniente, hi dimidium præmii reddere cogentur. Hoc in jure *return of interest for short premium* appellatur. Si vero in instrumento prædicto, quo pactum est duo millia librarum in compensationem damni solvenda esse, nihil dictum sit de æstimatione singulorum cadorum, libellum oneris tantum ostendet ducentos cados in nave fuisse impositos, et ad summam determinandam quæ ad damnum compensandum solvenda est, necessarium erit libellum pretii mercium [*the invoice*] proferre. Hoc instrumentum *an open policy* appellatur. Contractus assecurationis pro una aut pluribus navigationibus iniri potest, sed in utroque casu instrumentum *a voyage policy* appellatur. Potest etiam in tempus determinatum confici, cursu navigatorum non designato, quo casu instrumentum *a time policy* appellatur. Hoc irritum esse, si in tempus uno anno longius ineatur, jam monuimus. Potest etiam contractus iniri in unum annum, cursu etiam navigii designato, quo casu instrumentum *a mixed policy* appellatur. In instrumento concedi potest facultas ad varios portus, sive designatos sive non designatos, declinandi.

Punctum Secundum.

De contractu assecurationis quo adversus damna quæ ex igne fortuito eveniunt cavetur.

654. Hic contractus, sicut et is quo adversus pericula quæ ex morte eveniunt cavetur, quantum attinet ad eos qui ad damna præstanda se obligant, plerumque non ab individuis sed a societatibus suscipitur. Est autem contractus quo societas, aut uno præmio statuto, aut diversis præmiis certis temporibus statutis recurrentibus solvendis, in se recipit præstare damna quæ ex igne fortuito evererint rebus in instrumento assecurationis descriptis, usque ad summam in eo præfinitam, sed non ultra. Instrumentum ita confici possit ut certo tempore elapso irritum erit, aut ita ut præmiis statutis temporibus solutis ratum permanebit. Quanquam autem tota summa ad quam præstandam societas se obligat exigi possit, si hoc necessarium sit ad damnum compensandum, attamen nihil exigi potest præter summam quod necessarium est ad damnum quod revera evererit compensandum. Societas quæ de damnis Caii præstandis contractum inierit, contractum cum secunda societate inire potest, qua hæc primam indemnem præstare tenebitur [*effect a re-assurance*]; sed non potest suam obligationem erga Caium, sine ejus consensu ad secundam societatem transferre. Necesse est ut is qui cautionem accipit jus habeat ad lucrum aliquod ex rebus de quibus cautum est percipiendum. In instrumento quo societas in se suscipit damna ex igne fortuito præstare, plurimæ conditiones inseruntur, quarum si aliqua alicujus momenti non servetur ab eo qui de rebus suis caverit, contractus irritus erit (a).

(a). Juvat hic monitum Domini St. Leonards de hac re quæ ad usum magno-pere pertinet anglie exscribere: "Very few policies against fire are so framed as to render the company legally liable. Generally the property is inaccurately described with reference to the conditions under which you insure. They are framed by the company, who probably are not unwilling to have a legal defence against any claim, as they intend to pay what they deem a just claim, without taking advantage of any technical objection. But do not rely on the moral feeling of the directors. *Even having the surveyor of the company to look over your house before the insurance will not save you unless your policy is correct.*" He then mentions that he had insured in the same respectable office two houses in different parts of the country, in each of which there was a communication by means of a glass door between the drawing-room and conservatory. This had not been mentioned in the policy, and in consequence when a fire broke out in one of the houses he was told, when he applied for compensation, that the policy

Fornares (*stoves*), camini (*heating apparatus*), tubi quibus lumen quod *gas* dicitur circumfunditur, et alia omnia quibus periculum incendii augeri possit in instrumento (*the policy*) accurate explicari debent. Insuper si post instrumentum confectum is qui cautionem acceperit ædificia aut tenementa ita mutat ut periculum incendii augeatur instrumentum irritum efficitur. Sic si quis post contractum initum novam tabulationem (*story*) domui suæ addat, aut aliam mutationem alicujus momenti faciat, et a fortiori si novam fornarem, aut *gas*, aut negotium aliquod periculosum in domum introduxerit, sine consensu societatis, contractus irritus redditur. Et quanquam, secluso pacto speciali, mera mutatio usus in quem ædificia adhibentur sine novo periculo contractum irritum non efficit, attamen quædam societates conditionem interponunt, contractum per qualemcumque mutationem in ædificiis sine consensu societatis factam, irritum futurum esse. Hæc conditio stricte servari debet. Itaque antequam mutatio saltem alicujus momenti in ædificiis facta fuerit, indicium societati dari debet, ejusque consensum a tergo instrumenti scribi, et a ministro societatis subscribi oportet. Et si quis habet instrumentum quo aliquæ res momenti non notantur, aut si eo jam confecto mutationes factæ fuerint, consensus societatis circa hæc a tergo instrumenti modo exposito notari debet.

655. Damna tam gravia et tam frequenter ex igne inopinato eveniunt præsertim in opidis ut summæ imprudentiæ esset contra hæc non præcavere; et insuper homines in pluribus casibus, aut ex pacto aut ex jure, contractus hujusmodi inire obligantur. Quum Caius contractum ratum, v. g. de domo emenda cum Julio init, etsi instrumentum abalienationis nondum confectum sit, attamen, contractu, perfecto, Caius in æquitate dominus est domus, et ideo si incendio inopinato destruat huic perit, etiamsi Julius, Caio in scio, tempus in quod domui cautionem adhibuerit transire permiserit. Item si Caius contractum rite conficit de solo a

was void as the opening to the conservatory rendered it hazardous. "Ultimately," he proceeds, "the objection was withdrawn, and my loss was paid for. Upon renewing my policy, *I actually had some difficulty with the clerk of the company to induce, or rather to force him, to add to the description the fact, that the drawing-rooms opened through glass doors into conservatories.* In treating for a policy with another company, I required them to send their surveyor to look at the house; and *the stoves* and everything to which objection could be taken were shown to him. The company then prepared the policy, and made it subject to the report made to them by their surveyor, referring to it by date, in which *the objectionable stoves, &c.,* were not noticed. Of course I had the reference to the report struck out, and the policy made correct, but not without some personal trouble."—Handy-book, p. 65, in notis.

Julio emendo ut in eo ædificia construat, hic exigere potest ut in instrumento locationis clausula inseratur, quo Caius sub gravi mulcta domibus cautionem adhibere tenebitur, quanquam nihil de hac re in contractu dictum fuerit. Quum vero contractus conficitur quo convenit ut Julius domum locet Caio redditu summo reservato, hic non tenetur damni cautionem adhibere, neque exigere potest Julius ut clausula qua id facere tenebitur in instrumento locationis inseratur, nisi in contractu ita pactum fuerit. Attamen nisi ipso locationis instrumento Caius a damnis præstandis quæ ex igne inopinato evenerint eximatur, ex ordinariis pactis quæ in talibus instrumentis semper continentur ad domum sartam et tectam conservandam, domo igne consumpta ante tempus locationis elapsam, eam denuo ædificare tenebitur, ut Julio in eodem statu quo erat tempore locationis reddatur. Et etiamsi Caius de damnis ex igne inopinato provenientiis non teneatur, attamen nisi Julius ex instrumento locationis domui cautionem adhibere teneatur, hoc facere non tenetur; atque ideo domo igne consumpta, Caius redditum usque ad finem temporis in quod locata est solvere cogetur.

656. Quum Caius sub gravi mulcta domui cautionem adhibere tenetur actione intentata a Julio ad multam exigendam, si ille neque fraudem neque valde gravem negligentiam admiserit, neque ullus casus ex igne evenerit, potest tribunal æquitatis illum una tantum vice a multa solvenda eximere, dummodo eo tempore quo subsidium tribunalis petit domui cautionem adhibuerit. Si Julius postquam sciverit Caium domui cautionem non adhibuisse, redditum ab hoc acceperit, jus suum ad mulctam exigendam renuntiasset censebitur. Si vero Caius quamprimum postea cautionem domui non adhibeat, Julius actionem ad mulctam exigendam ob permanentem pacti violationem intendere potest. Insuper si Caius domum cui cautionem adhibere neglexerit vendat Petro, huic actio ob pacti violationem intendi nequit, si hoc ignoraverit, et apocham scriptam proferat qua constat redditum proxime debitum solutum esse, dummodo tempore emptionis de domo cautum erat.

657. Societates quæ ad damna quæ ex igne inopinato aut ex morte præstanda constituuntur, certos dies gratiæ, plerumque quindecim, concedunt post tempus ad præmium solvendum constitutum, intra quos instrumentum vim suam conservare profitentur. Equidem si præmium intra hos dies accipiatur hoc sufficit, ad instrumentum firmum præstandum. Sed si mors vel ignis inopinatus intra hos dies evenerit, non ita certo constat eos præmium accipere teneri, nisi hæc conditio in ipso instrumento aut scribatur aut imprimatur. Si hoc non fit, præmium tempore statuto solvi debet. Præterea, casu eveniente, compensatio a socie-

tate exigi debet intra tempus, et eo modo qui in instrumento præscribitur.

658. Quanquam vero quis de rebus suis cautionem apud diversas societates adhibere potest, attamen multæ societates conditionem in eorum instrumentis ponunt, ut is qui apud eas de rebus suis caverit, de eisdem apud aliam societatem non caveat, nisi indicio dato, et consensu societatis accepto et a tergo instrumenti scripto. Aliter instrumentum prorsus irritum reddetur. Quum is qui de rebus suis caverit moritur, jus quidem ad compensationem accipiendam ad ejus heredes, executores, aut administratores transmittitur, sed ex conditionibus a plerisque societatibus positis, tenentur heredes, &c., agnitionem aut sui juris, aut ut præmium postea nomine heredum, &c., solvendum erit, a societate obtinere, et efficere ut hæc agnitio a tergo instrumenti modo exposito scribatur. Alia etiã conditio ponitur ex qua nullum damnum ex igne inopinato proveniens præstandum erit, quod aut ex invasione hostium exterorum, aut ex tumultu civium evenierit (*a*). Quum damnum ex igne inopinato evenierit ex conditione quæ fere semper in instrumento ponitur, tenentur ii qui damnum passi sunt statim indicium hujus rei societati dare, ac quamprimum postea indicem rerum deperditarum et æstimationem damni conficere, hancque societati tradere, eamque veram esse aut jurejurando aut affirmatione solenni confirmare. Præterea exigitur a plerisque societatibus ut testimonium scriptum et a certis personis in instrumento assecurationis designatis subscriptum, quorum solutio damni non interest, societati tradatur, quo declaratur hos bene cognoscere eum qui damnum passus est, seque credere damnum sine ulla fraude evenisse. Ii qui de rebus suis cautionem adhibent cauti esse debent de hac re, et aut hanc conditionem abjicere, aut eos tantum admittere in instrumento assecurationis nominandos, a quibus sine incommodo testimonium obtineri poterit.

Punctum Tertium.

De contractu assecurationis quo adversus damna quæ ex morte eveniunt cavetur.

659. Assecuratio in hac materia definiri potest: Contractus quo quis, aut quædam societas, ob præmium quotannis solvendum

(*a*) By this condition the Sun Fire Office was exonerated from paying the immense losses which were occasioned by the frightful excesses committed by the mob in the Gordon riots in 1780.

spondet se certam summam soluturum quum Petrus morietur; aut quum v. g. sexagesimum annum compleverit; aut si ante annum v. g. 21^{um}. aut 30^{um}. completum decesserit. Ad tertium modum assecuratio conficitur quum illius qui cautionem adhibet interest ut Petrus ante tempus præfinitum non moriatur; ad primum vero vel secundum modum quum ille qui cautionem adhibet damnum patietur quandocumque Petrus morietur. Ex his duobis modis omnino eligendus est secundus, quia tunc si Petrus cautionem de propria sua vita interposuerit, ut plerumque fit, anno sexigasimo completo ab onere præmium solvendi liberabitur, et ipse pecuniam a societate solvendam accipiet.

660. Quisque potest de quacumque summa solvenda quum aut ipse morietur aut quum v. g. 60^{um}. annum compleverit cautionem interponere, sed non potest Petrus cautionem adhibere de summa solvenda quum morietur Paulus, nisi in quantum ob aliam causam, v. g. quia Paulus ei pecuniam debeat, illius interest cautionem de vita Pauli adhibere. Commodum Petri etiam debet esse pecuniarium, et ideo maritus cautionem adhibere nequit de vita uxoris a qua nullum hujusmodi commodum accipit. Si autem uxor habeat statum [*an estate*] in proprium suum commodum per suam vitam, ex qua necessaria ad vitam cultumque pro marito præstat, aut si hoc labore et industria efficit, maritus cautionem de vita uxoris adhibere potest; et a fortiori quum maritus necessaria pro familia præstat, uxor potest cautionem de ejus vita adhibere. Quum Petrus cautionem adhibet de vita Pauli, necesse est ut hic consentiat. Potest creditor cautionem adhibere de vita debitoris, ipso consentiente, ad summam debitam et non amplius tutam præstandam, et hic contractus irritus non efficitur si debitor postea pecuniam solverit; sufficit enim ut debitum tempore quo cautio adhibita est extiterit. Antea diximus posse Petrum cautionem adhibere de vita Pauli cui pecuniam mutuam præstiterit, et hanc pecuniam solvi debere non Petro sed Paulo, aut eo mortuo, iis qui in ejus jura succedent. Justitia naturalis manifesto exigit ut hoc fiat etiamsi nullum pactum de hac re inter Petrum et Paulum intercesserit. In uno quidem casu idem a judice declaratum est; hoc tamen non obstante omnino expedit, ut pactum conficiatur, ex quo, si Paulus pecuniam debitam solvat, jus ad pecuniam ex contractu assecurationis solvendam Paulo, vel eis qui in ejus jura succedent pertinere declarabitur. Si contractus assecurationis conficiatur tantummodo ad ludum in pecunia tegendum omnino irritus apud tribunalia habetur.

661. Societates quæ negotium cavendi de vita hominum gerunt, plures quæstiones scriptis proponere solent tum ipsi Paulo de cujus vita cavendum est, tum Caio quem Paulus quæstionibus de se pro-

ponendis a societate responsurum dicit [*his referee*]. Si aliquid falsi in his responsis proferatur, etiam a Caio, Paulo inscio, instrumentum assecurationis prorsus irritum erit, et idem dicendum est de responsis Pauli ad quæstiones quæ viva voce ipsi proponuntur. Præterea tenetur Paulus omnes circumstantias alicujus momenti declarare ex quibus periculum cavendi de sua vita augatur; et si deceperit eum qui de ejus vita caverit aut falsa proferendo, aut vera occultando, hic a sua obligatione liberabitur, etiamsi mors ex causis quæ nullo modo conjunctæ sunt cum rebus non declaratis aut falso prolatis evenierit. Secundum formulas a quibusdam societatibus usitatas, is de cujus vita cavetur, aut omnino aut citra auctum præmium prohibetur ne vir militaris fiat, aut etiam ne ex Britannia et Hibernia exeat aut simpliciter aut tempore belli, nisi iudicio societati dato, et illis consensu obtento, aut ne plura alia faciat, quæ si fecerit contractus assecurationis omnino irritus efficietur. Equidem quædam societates in prospectu quem dicunt, in actibus publicis, et in ipso instrumento assecurationis declarant pecuniam sine ulla controversia, mortuo eo de cujus vita caverint solvendam esse [*declare their policies indisputable at the death of the assured*]. Sed hoc plerumque non nisi ad fucum faciendum inservit, quia nulla conventionem effici possit ut contractus ex fraude initus v. g. falsa proferendo, aut vera reticendo, irritus a tribunalibus non declaratur. Neque declaratione hujusmodi efficietur ut pacta specialia quæ in instrumento continentur irriti sint; neque etiam ut pecuniam solvere teneatur societas si is de cujus morte caverit mortem sibi intulerit, dummodo talis conditio, quod tamen nunc raro fit, in instrumento inseratur.

§ 5. De sponsione, sortitione seu loteria, et ludo.

Punctum primum.—De sponsione.

662. Est contractus quo duo vel plures de veritate rei, aut de eventu futuro disceptantes, aliquid inter se spondent, aut apud tertium deponunt, ut sit illius qui verum dixerit. Sponsio spectato jure tantum naturali licita est, servatis debitis conditionibus. Hæ conditiones sunt 1. ut veritas rei vel eventus futuri sit utrique incertus; 2. ut is qui pignus accipit habuerit intentionem solvendi si altera pars vicerit; 3. ut res de qua disceptatur eodem sensu ab utraque parte intelligatur, et 4 ut sit de re licita. Circa 1^{am}. conditionem conveniunt theologi eum non posse spondere qui re vera certus est de eventu. Si vero is qui in initio crediderit se certum esse de eventu, postea ex negatione constanti alterius incipit dubitare; aut si, quamvis se certum esse putaret, attamen

hæsitaret, quia sæpe expertus est se fuisse deceptum in eis quæ illi certa videbantur, potest juste spondere, quia ex his principiis reflexis vere incertus efficitur. Præterea si Caius qui se certum credidit tempore sponsionis postea compereat eventum revera fuisse incertum, potest lucrum accipere si vicerit, quia re vera se periculo damni exposuit; quamvis contra suam conscientiam spondendo peccavit. Quidam admittunt Caium, quanquam veritatem rei de qua disceptatur certo scit, adhuc posse spondere, dummodo moneat Julium alterum spondentem se omnino certum esse; communiter tamen negant theologi (a) quia Julius Caio non credidit, aliter enim certo non spoponderisset. Et hæc sententia tenenda est si Caius revera certus sit; idem enim est atque si Julius massam auri quam æs esse credit parvo pretio offerat Caio qui sciens eum esse aurum hoc declarat Julio, qui tamen, iudicio suo falso confidens, eam æs esse credere persistat. Hoc non obstante Caius eam pretio massæ æris emere nequit. Non potest ergo Caius rem titulo sponsionis retinere, sed si res sit parvi momenti, et Julius postea non rogatus sponte eam tradit Julio eam retinere potest titulo donationis. Præterea si Julius sit valde pervicax et obstinatus, et Caium, quamvis hic declarat rem sibi apprimè cognitam esse, ad sponsionem provocat, nobis videtur hunc rem parvi momenti retinere posse ad puniendam Julii pervicaciam. Si ita quis spondeat cum pluribus ut certus sit lucrandi; spondendo v. g. cum quatuor concurrentibus de uno beneficio, quo casu certus est se cum tribus lucraturum et cum uno tantum amissurum, sponsio licita est, quia quilibet ex eis contractibus est in se justus, quoniam ex parte utriusque contrahentis æqualis est spes lucri et periculum damni. Per secundum vero contractum non tollitur justitia primi, neque per tertiam aut primi aut secundi, ideoque quatuor simul sumpti sunt justii (b). Hoc modo societates quæ ad damna ex igne fortuito, &c. præstanda se obligant instituuntur, hæ enim cum tot privatis contractus assecurationis conficiunt, ut quanquam in quibusdam casibus damna sint passuri, attamen moraliter certum est eas ex omnibus contractibus simul sumptis magnum lucrum facturos. Manifestum est hunc contractum injustum esse, quum ex fraude, æqualitas inter contrahentes necessario ex justitia servanda, aufertur. Hoc multis modis fit, sed præsertim quum in cursu equestri dominus equi velocissimi, mandat equiti certamine vinci, unde ii qui spoponderunt eum victurum injuste tum sua pecunia tum spe lucri privantur. Omnes itaque qui lucrum ex hoc modo agendi fecerunt, etiamsi fraudem ignorave-

(a) Cf. Molina de Contract. disp. 502, n. 1. Lugo. disp. 31, n. 81.

(b) Cf. Lugo. ibid. n. 87.

rint, veritate comperta lucrum acceptum restituere tenentur, quia reapse in contractu, non erat æqualis spes lucri et periculum damni. Ii vero qui hoc modo iniquo agendi cognito, sponsionem fecerunt, non tantum lucrum acceptum restituere tenentur, sed præterea id quod alter contrahens, nisi ob hanc fraudem ab eis lucrasset, et dominus equi non solum sicut alii restituere tenetur, sed etiam aliis deficientibus totum damnum, in quantum id præviderit reparare tenetur. Hæc principiis justitiæ omnino conformia sunt, sed ii qui damna passi sunt hoc modo, plerumque sponte in compensationem totius damni, restitutionem pecuniæ quæ ab eis injuste ablata est, acciperent.

663. Secunda conditio est ut utraque pars habeat voluntatem solvendi si altera pars vicerit. Si res victori tradenda apud tertium deponatur, nulla esse possit dubitatio de voluntate contrahentium, et is apud quem deponitur, eam victori dare tenetur. Si vero partes spondeant veritate explorata aut eventu sequuto, certam rem illi tradendam esse qui verum dixerit, et Caius firmum non habuerit propositum rem promissam Julio tradendi si hic verum prædixerit, fraudulentè ageret, et si ipse in controversia vicerit rem promissam a Julio minime accipere poterit. Tertia conditio est ut res de qua disceptatur eodem sensu ab utraque parte intelligatur. Raro evenit hanc conditionem non existere quum sponso de eventu futuro, v. g. de cursu equestri aut navali conficitur, sed quum fit de rebus quarum veritas, opinione, memoria, aliisque hujusmodi motivis nititur, partes, præsertim quum controversia concitantur, sæpe de rebus prorsus diversis argumentantur et spondent, quo casu contractus prorsus irritus est, et neutra pars rem ab altero promissam accipere possit. Non expedit tales contractus inire, sed si ineantur, scriptis confici debent, quia sic unusquisque cognoscet quid alter contrahens velit, disceptationes, iræ et conviciæ evitentur, et non raro eveniet ut re rite exposita partes inter se concordent. Quarta conditio est ut sponso sit de re licita, quia nemo teneri potest ad peccandum. Illicitæ sunt sponsiones de bibendo donec omnes compotores, uno excepto, ebrietate deponantur, aut de peccato patrando a tertio, præsertim si spondens optet peccatum aut ad eum patrandum adjuvet; et in hoc ultimo casu si peccatum esset contra virtutem justitiæ teneretur ad restitutionem, non vero si esset contra aliam virtutem. Si vero sponso esset de peccato patrando ab alterutro spondentium, licita erit si Caius sponderet Julium alterum spondentem peccaturum, si hoc faceret ut eum a peccando averteret; illicita vero si sponderet se ipsum peccaturum. Attamen Caius non tenetur ea restituere quæ ex sponsione etiam illicita lucraverit, quia hæc non accipit ut

pretium peccati, sed quia ea quæ prædixit evenerunt. Notandum est sponsiones tum super electione, quam super vita et morte Pontificis omnino esse prohibitæ non solum in urbe Romæ vel loco electionis, sed in omni loco et tempore, etiam ante sedem vacantem, sub pœna excommunicationis latæ sententiæ ipsi Papa reservatæ. Eædem sponsiones etiam prohibentur in ordine ad electionem cardinalium, et annullantur in utroque foro" (a). Contractum sponsionis in se spectatum licitum esse plerique tenent theologi, "regulariter tamen censeo" ait S. Alph. (b) "hujusmodi sponsiones non excusari a peccato veniali, quia in eis deest motivum cohonestans licitæ recreationis, sicut adest in ludo honesto."

Punctum Secundum.

De sortione seu loteria.

664. Loteria est contractus quo, uno vel pluribus præmiis propositis, ii omnes qui tesseræ emunt jure sortiendi potiuntur. Sortitio fit tesseris ex urna educendis, ut omnibus notum est. Secundum Collet quem citat Carriere (c) "loteria aliæ sunt *politica* quæ ad imminuendas regni necessitates; aliæ *caritativæ* quæ ad pauperum levamem; aliæ *commercii*, quæ ad distrahendam mercem, gemmas, &c., aliæ demum ludi quæ ad animi recreationem ordinantur. Hunc contractum, spectato solo jure naturali in se justum et etiam licitum esse, probatur consensu omnium fere theologorum et hominum piorum et timoratorum, servatis debitis conditionibus. De loteria 4^o. sensu acceptum, quid censendum sit satis exponetur ex eis quæ de ludo dicemus. De tribus prioribus generibus nunc agendum est. 1. conditio ut sit justa est ut non sit fraus sive in jactu aleæ sive in tesserarum educendis, et ut præmia proposita ejusdem sint generis et bonitatis quas in loteria prædicanda habere dicuntur. Si enim fraus intercedit in aleis mittendis, aut in præmiis propositis; vel si tesserae ita disponantur ut æqualitas tollatur, contractus injustus est et qui res ita acceperunt eas reddere tenentur, ut omnes qui schedulas emerunt iterum sortiantur. Si vero hoc fieri nequeat ii qui fraudem admiserunt pretium tesserarum ementibus restituere tenentur. 2. Conditio est ut is vel ii qui loteriam instituerunt ultra pretium summum rei vel rerum in præmiis propositarum non recipiant nisi ex consensu prorsus libero concurrentium. In hac tamen re distinguendum est inter loteriarum

(a) Ex Bullis S. Pii V. et Greg. XIV. apud Roncag. de Cont. Quæst. 10, c. 1.

(b) De 7^o præcep. n. 869.

(c) De Cont. n. 948.

commercii causa institutam, et alias duas loteriæ species; in primo enim casu, "non debet" ait Carriere (a) "plus moraliter ea via lucrari quam si alia via rem venderet: sane inquit Collet, contentus esse debet qui per loteriam summo pretio et intra modicum tempus distrahit id quod minutim vendendo vix infimo pretio distraxisset. Sed quando loteria instituitur ad indigentiae levamen, vel ad bonum aliquod opus, potest, imo et debet, ne inutilis fiat, res distrahi supra suum valorem: sed tunc consentiunt concurrentes, qui intendunt ut promoveant bonum opus," immo etiam quia maxima pars eorum, qui tesseræ emunt hoc faciunt non ob præmia proposita, sed ad opus bonum promovendum. Quum vero loteria auctoritate publica instituitur in modum tributii voluntarii imponitur, et ideo nulla ratio æqualitatis servatur inter præmia proposita et totum pretium tesserarum quæ venduntur. Revera præmia in duabus ultimis speciebus proponuntur tantummodo ad alliciendos emptores tesserarum, quorum numerus immensus et interminatus est quoniam omnibus petentibus tessera venduntur. Et sane nihil injusti in his invenitur, ac ne illiciti quidem, si hæ sponsiones in seipsis spectentur, sed num expediat vectigalia hoc modo obtinere (excepto casu gravissimæ necessitatis) valde dubium videtur, quia creat et fovet desiderium ludendi in pecunias, quod valde exitiosum esse statim dicemus.

Punctum Tertium.—De Ludo.

665. Ludus dicitur quicquid ad animi delectationem aut relaxationem ordinatur. Quum verbis fit dicitur jocus. Non hic, tamen, loquimur de ludo prout est mera animi relaxatio; hoc enim modo intellectus ad virtutes temperantiæ et modestiæ revocatur a theologis, qui post S. Thom. (b) rite docent eum non tantum licitum, sed etiam necessarium esse. "Sicut enim homo indiget corporali quiete ad corporis refocillationem, quia non potest continuo laborare . . . ita etiam est ex parte animæ." Et sicut fatigatio corporis per corporis quietem, ita et fatigatio animi per animi quietem lenitur; "quies autem animi est delectatio, et ideo oportet remedium contra fatigationem animalem adhiberi per aliquam delectationem, intermissa intensione ad insistendum studio rationis . . . Circa hanc tamen delectationem videntur tria esse præcipue vitanda. Quorum primum et principale est quod prædicta delectatio non quærat in aliquibus operationibus,

(a) De Contract. n. 950.

(b) 2. 2. q. 168, a. 2. in corp.

vel verbis, turpibus vel nocivis. Secundum ut gravitas animi ne totaliter resolvatur; tertium ut ludus congruat personæ temporis, et loco, et ut secundum alias circumstantias debite ordinetur . . . Sed quia ludus est utilis propter quietem et delectationem; delectatio autem et quies non propter se quærentur in humana vita, ideo defectus ludi minus est vitiosus quam ludi supererexcessus. Unde Aristoteles dicit in 9 Ethic. c. 10, ante med., *quod pauci amici propter delectationem sunt habendi, quia parum de delectatione sufficit ad vitam quasi pro condimento, sicut parum de sale sufficit in cibo*” (a).

666. Ludus hoc sensu acceptus ab uno solo fieri potest; sed quatenus ad materiam nostram pertinet, sumitur pro pacto inter duo aut plures, præmio aliquo constituto quod victori cedendum est. Sic definitur: Ludus est contractus quo ludentes inter se paciscuntur de aliquo pretio victori cessuro. Triplex est: 1. *industrialis*, qui potissimum regitur peritia ludentium, ut ludus pilæ, globulorum [*billiards and bowls*], latrunculorum [*chess*], &c.; 2. *aleatorius* qui præcipue pendet ex casu, ut taxillorum [*dice*], &c.; 3. *mixtus* qui tum ex peritia tum ex casu pendet, quales sunt multi ludi chartarum, sed quidam ex his ex casu pendent. Ex communi sensu hominum et consensu theologorum probatur, spectata sola lege naturali, nullam ex prædictis ludi speciebus cum pacto lucris victori cessuri, esse in se injustam aut illicitam, servatis debitis conditionibus. Non sunt injusti, quia in eis omnibus servari potest æqualis spes lucris et periculum damni ex utraque parte; neque illiciti, quia honestæ recreationis causa confici possunt.

667. Diximus *servatis debitis conditionibus*. Jamvero quædam conditiones requiruntur ut ludus sit justus, aliæ præter has ut sit licitus. Ut sit justus requiritur 1. ut ludens liberam habeat rerum quas exponit administrationem; 2. ut absit vis vel metus quo quis ad ludendum cogatur; 3. ut leges ludi sine fraude vel dolo observentur, et ut inter ludentes spes lucris et periculum damni sit æquale. Circa primam conditionem dicendum, si Caius exponit in ludo rem alienam quam lucratur Julius, hunc, etiamsi eam bona fide acceperit, tamen retineri non posse, sed domino tradere teneri. Si vero Caius dominium et liberam administrationem habeat rerum quas deposuit, et Julius bona fide eas acquisivit, videtur hunc eas retinere posse sine injustitia, etiamsi inde eveniat ut Caius debitis solvendis impar efficiatur. Si vero Julius tempore ludendi sciat Caium, si pecuniam depositam perdat, debita sua solvere non posse, eam juste accipere nequit;

quia sicut Caius justitiam violat hanc pecuniam in ludo exponendo, ita injuste ageret Julius eam accipiendo. Supponitur summam non parvi momenti depositam esse. Insuper in casu exposito si Caius ex altera parte pecuniam a Julio lucretur, eam retinere non licet, quia hic nullam spem justī lucri habet. Sed quum Julius rem alienam quam a Caio bona fide lucratus est domino reddiderit, tenetur hic ex communi doctrina valorem rei Julio præstare; et ideo si Caius in ludo vicerit, poterit rem depositam retinere, si possit et, nos dicimus, si velit Julium indemnem præstare (a). Si vero Caius Julium indemnem præstare non potest, summam quam lucratus est retinere nequit. Et si Caius sit minor, et agatur de summa magna quam solvere non permetteretur, aut si solveret, ejus curator eam a Julio exigeret, quidam putant minorem posse summam quam lucratus sit retinere. Sed hoc minime dicendum est, quia quoniam minor nullum subit periculum, nulla est æqualitas, et Julius totum periculum damni sine ulla spe lucri subit.

668. Secunda conditio est, ut ludentes libere in ludum consentiant. Unde si quis ex ludentibus ita ebrius sit ut plenum consensum præstare nequeat, contractus ratus non est, et alii ludentes huic restituere tenentur. Si vero ipse ebrius vincat, restituere tenetur si consensum sufficientem præstare non potest, quia tunc contractus irritus est; et idem videtur dicendum etiamsi aliqualem præstare potuerit consensum, quia sicut alii ludentes nullam habent spem lucri, ita neque periculo damni exponi debent. Hæc dicimus spectata sola lege naturali, quia sane lex positiva alios ludentes jure pecuniam repetendi juste privare potest. Sed disputatur utrum is, qui alium nolentem ad ludendum conviciis, gravibus minis, &c., induxerit, teneatur ad restitutionem. Affirmant Lugo (b) et plures alii, quia is injuriam in alium ludentem intulit; negant vero Molina (c), S. Alph. (d), et plures alii, dummodo æqualis spes lucri extiterit ex parte illius qui ludere coactus est; si enim “collusor qui coegit superaret coactum in peritia ludendi, sentio teneri ad restituendum saltem partem lucrati, juxta mensuram peritiæ qua præcelleret alteri” (e). Quum vero inter ludentes æqualis existit spes lucri et periculum damni, non raro accidit ut is qui minis et conviciis ad ludendum concitatur reapse tamen graviter invitus non sit, et his non obstantibus ad luden-

(a) Cf. Molinam disp. 518, Lugo disp. 31, n. 15, Haunaldus, t. 4, tr. 10, n. 1071.

(b) Disp. 31, n. 29. Ita quoque Lessius de just. lib. 2, c. 29, n. 9.

(c) D. 516, n. 3.

(d) De 7^o. præcep., n. 880.

(e) S. Alph. loc. cit.

dum libere consentiat. Raro accidit ut in initio ludi quis ad ludendum cogatur. Attamen posito casu aliquem ad ludendum cogi minis vel conviciis, quæ causam dant contractui, nobis dicendum videtur secundum ea quæ de contractu ex metu gravi inito docuimus, hunc contractum non esse irritum sed rescindi posse, sine ullo recurso ad iudicem, ad arbitrium illius qui injuriam passus est. Itaque si is qui injuriam passus est vicerit, certe lucrum retinere potest; si vero victus fuerit, alter ad restitutionem non tenetur, antequam hoc ex eo petatur, quia contractus in se ratus est; si vero restitutionem petat is qui injuriam passus est, rescinditur contractus et altera pars lucrum restituere tenetur. Si vero victus, ut non raro accidit, injuste cogat victorem ad ulterius ludendum, et is postea vicerit, licetne hoc lucrum retinere? Negant quidam (a) nisi victor ad amplius ludendum ex more ludi aut ex pacto teneatur. Affirmant alii "nam idem est cogere ad ludendum, quam ad ulterius ludendum. Potest tamen coactus ut diximus, repetere quod post coactionem amittit" (b). Huic sententiæ assentimur, attamen notandum est gravem injustitiam in eum qui in initio ludi vicit sæpe inferri. Altera enim pars eum graviter nolentem ad ulterius ludendum cogit, et non raro ad se eripiendum pecuniam quam lucratus est ex proposito perdit, quo casu is qui metum incutit statim ad restitutionem tenetur; quia pecunia ab eo qui ad ludendum cogitur, ad se ex injusta vexatione liberandum solvitur. Præterea is qui cogit alium graviter invitum ad ludendum, lucrum quod fecerit etiamsi ab eo petatur, injuste reddere recusabit; et plerumque ideo non petitur, quia is qui damnum passus est apprime scit se nihil aliud si solutionem peteret, præter convicia et fortasse colaphos accepturum. Si vero ex timore injuste incusso prohibeatur a jure suo exercendo, is qui metum incusserit ad restitutionem tenetur.

669. Disputatur utrum Caius qui habeat intentionem non solvendi si vincatur, possit si vicerit lucrum retinere. Alii (c) docent eum pecuniam retinere posse, quia quoniam ut contractus sit ratus non requiritur animus adimplendi, hic contractus firmus est, et ideo sicut Caius si victus fuerit tenetur adimplere, ita etiam si vicerit lucrum retinere possit. Contractus equidem non est irritus, sed veritate cognita, rescindi potest ab altero contrahente Julio ob dolum Caii, ideoque nobis videtur Julium qui bona fide egit posse lucrum retinere, sed a Caio si vicerit restituendum esse, nisi dolo patefacto Julius ei concedit ut lucrum retinere possit. Si vero Julius vicerit, sed Caius pecuniam nondum solverit

(a) Croix lib. 3, p. 2, n. 1080.

(b) S. Alph. loc. cit.

(c) Lugo loc. cit. n. 54, Carriere de contract. n. 928, &c.

non cogeremus eum ad solvendum, quia Julius jus non habet ad lucrum exigendum, sed tantum ad contractum ob dolum Caii rescindendum.

670. Tertia conditio est, ut ludi leges sine fraude vel dolo observentur. Jam diximus eum qui fraudem in ludendo adhibuerit, non solum teneri restituere lucrum quod percepit, sed etiam lucrum quod alter semota fraude percepisset. "In dubio tamen" ait S. Alph. (a) "an alter fuisset lucraturus, non potest fraudans retinere lucrum, sed tenetur dare alteri quantum valebat spes victoriæ; modo in colludente potior fuisset spes lucrandi, quam periculum perdendi." Hæc ex Busembaum affert S. auctor (b); "non tenetur restituere qui utitur astutiis illis quas regulæ lusus, et consuetudo recepta patitur; cum uterque sciat, tales astutias esse solitas, et sic tacite in illas libere consentiat. V. g. 1. si potiores chartas habens, et securus de victoria augeat sponsionem, vel simulet metum, ut adversarius augeat. 2. Si sciens se inferiores chartas habere, dissimulet augeatque sponsionem, ut sic relinquatur sibi quod erat appositum. 3. Si inspiciat chartas alterius, ex sola ipsius negligentia, et absque fraude; secus si ita se collocet, ut possit videre, vel si alium constituat, a quo admoneatur. 4. Si chartas a tergo discat nosse inter ludendum, quas ante non signarat, nec noverat." Addit S. auctor "non teneri lusorem monere alterum de suo errore, puta, si det manum, si numeret pro se minora puncta, quia sic fert communis mos lusorum." Omnino concedimus principium licitum esse ludere secundum communem morem loci, ideoque meliore modo cognosci non posse quænam astutiæ licitæ sint, quam ex opinione hominum justorum qui in loco ubi ludus exercetur habitant. Ex hoc principio agnoscimus plerasque astutias prædictas sine injustitia adhiberi posse, sed putamus eum apud nos qui cognoscens alium revera vicisse, ideoque rem depositam illius esse, sed in numerandis punctis errasse, immunem a fraude habendum non fore, si hoc errore non declarato, ipse postea lucrum reportaret, nisi tamen lucrum esset tam parvum ut rationabiliter censeri posset alterum in hunc modum agendi consentire. Si quis una aut altera vice casu inspiceret chartas alterius, ex sola ipsius negligentia, nobis videtur illum qui hac opportunitate uteretur ad lucrum magnum faciendum, vix excusari posse, quia si hoc cognoscerent alii ludentes eum, injustitiæ incusarent. Certum autem est eum qui advertens se ex alterius negligentia ejus chartas frequenter inspicere posse, hac opportunitate uteretur ad lucrum faciendum, injuste facturum, quia tunc re vera ex proposito chartas alterius inspiceret. Jam supra

(a) Loc. cit. n. 882.

(b) Ibid.

ubi egimus de obligatione vitia rerum venalium aperiendi, statuimus neminem posse ignorantia, imperitia, aut negligentia alterius uti ad damnum in eum inferendum, ideoque venditorem teneri vitia etiam manifesta gravis momenti aperire, quum advertat hæc ab emptore non percipi. Præterea omnes admittunt pretium rei ob vitia etiam manifesta minuendum esse, ut justa æqualitas servetur. Jamvero quum Caius casu inspiciat chartas Julii, ipso nolente, unde fit ut vincat, dum chartis non inspectis victus fuisset, utitur negligentia Julii ad damnum in illum inferendum. Dicimus tamen si lucrum sit magnum, quia si lucrum sit parvum Caius, ex communi hominum sententia, si hac opportunitate una aut altera tantum occasione uteretur, quamvis minus honeste, attamen injuste agere non censeretur. Si vero Caius re vera dubitat quo modo lusurus fuerit si chartas casu non inspexisset, ludere potest eo modo quo sperat se lucrum facturum. Præterea non loquimur de aliquo qui cum veteratoribus et præstigiatoribus ludit, inter quos notum est astutias prædictas adhiberi. Sed nemo probus cum talibus ludere debet, nisi per breve tempus recreationis causa, et pro parva pecunia; si enim quis cum illis ludere consueverit, non solum pecuniam, sed et famam et probitatem perdet.

671. Quarta conditio est, ut æqualis sit spes lucri et periculum damni ex utraque parte, ut in hujus articuli initio diximus. In ludis mere *aleatoriis* ubi eventus ex merocasu, ut ex jactu aleæ, pendet, nisi fraus intercesserit, semper adest æqualitas. In ludis ubi eventus ex *mera peritia* pendet, si unus multo peritior sit altero, ita ut nullum subeat damni verum periculum, contractus irritus est; sed si Caius, qui multo minus peritus est, parvam summam deponat, ut inducat Julium ludere, eo fine, ut ludum ab hoc addiscat, Julius hanc summam retinere potest. Si vero duo ludant, quorum uterque alterius peritiam ignorat, sed unus altero longe peritior invenitur, potest peritior pecuniam hac vice depositam retinere, quia se exposuit periculo ludendi cum peritiore, sed veritate cognita non potest ludum proseguere nisi inæqualitatem compenset. Quamdiu vero dubium est uter ludentium peritior sit, contractus ratus et justus est, et si unus alterum non multum excedit peritia, inæqualitas compensari potest eo modo quo nunc dicemus.

672. In ludis mixtis, quum unus est notabiliter peritior altero, quanquam non adest æqualitas, verum tamen periculum subit peritior, in quantum eventus partim ex casu pendet, peritior compensare potest inæqualitatem, vel pretium ita ex sua parte augendo vel commoda alteri concedendo, ut ex communi hominum sententia æqualitas stabiliatur. Si hoc non fecerit peritior, ad res-

titutionem tenebitur, ex quo tempore se notabiliter peritio- rem esse cognoverit, etiamsi imperitum non tantum non deceperit, sed etiam eum monuerit de inæqualitate, quia adhuc ut supponi- mus non est æqualis spes lucri et periculum damni. Contractus tamen in his casibus non est irritus, atque ideo inæqualitas tan- tum compensanda est. Sic si Caius moneat Julium, equum quem, ei vendit morbo laborare, Julius vero sua confidens peritia Caio non vult credere, contractus quidem ratus est, sed Caius pretium equi sani exigere nequit propter falsam fiduciam Julii, et si hoc acceperit, excessum restituere tenetur (a). Ita quoque in casu ludi, quamquam contractus irritus non erat, et peritus etiam quod- dam periculum subiit, quia eventus partim ex casu pendebat, hic totum lucrum restituere non tenetur, sed tantum quantum ab initio suffecisset ad æqualitatem statuendam.

673. Ut ludus sit licitus, præter condiciones expositas requi- ritur; 1. finis honestus; 2. ut summa tantum modica exponatur; 3. ut circumstantiæ debitæ, quod ad tempus, locum, et personas, observentur. Finis intentus debet esse corporis et animi levamen, honesta recreatio, vel alterius solatium. Disputatur utrum ludus sit licitus si ludens præcipue lucrum spectet; sed bene ostendit Lugo (b) hunc lucrum licitum esse posse, quia ludens vult modo honesto lucrare, et finem honestum, v. g. sustentationem familiæ habere potest. “Attamen” ait Carriere (c) “de facto evenit ut sæpe desint illæ debitæ circumstantiæ, in iis præsertim qui ita ludo sunt dediti ut ex eo quasi ex quadam arte seu commercio lucrum quærant: et tunc plerumque tot adjuncta habet mala, ut vel ipsis paganis aleatores despectui erant, et repositi inter sordidum quæstum sectantes.” Præterea omnino illicitum est tantum temporis terere in ludo, quod in labore impendi debeat.

674. 2. Summa tantum modica, habita ratione facultatum ludentium, exponi debet, ita ut neque creditores defraudentur, neque familia rebus ad vitam cultumque necessariis privetur. Præterea quando summa magna exponitur, ludens graviter com- movetur, neque ludus ad levamen corporis et oblectationem animi inservit, sed tum corpori tum animo graviter nocet, eumque ad fraudes aliaque scelera patranda, et non raro ad mortem sibi inferendam, perducit.

675. 3. Cavendum est ne in ludo impendatur *tempus* quod ad implenda officia non tantum secularia, sed et præsertim reli- gionis, pietatis, et caritatis necessarium est. Ratio etiam *loci*

(a) Cf. Molina disp. 517, n. 2; Lugo. disp. 31, nn. 44 et 50.

(b) Loc. cit. n. 4, cf. etiam Molina disp. 511 ab initio.

(c) De cont. n. 932.

habenda est; quidam enim sunt ludi qui licite exerceri possunt privatim, qui tamen publice sine scandalo et indecentia exerceri nequeunt. Quibusdam etiam diebus, ludi decoré exerceri nequeunt, qui alias omnino licent. Ratio etiam habenda est personarum; quidam enim ludi licent viris, qui mulieribus prorsus indecori essent; quidam qui nihil indecori habent in laicis, plurimum vero in clericis (a). Et sane sacerdotes, religiosi, et clerici multum temporis terere non debent in ludo, neque possunt summam nisi valde modicam exponere sine scandalo, aliquando etiam gravi, domesticorum et aliorum laicorum quibus hoc notum est.

Punctum Quartum.

De præscriptis juris nostri de contractibus aleatoriis et quatenus obligent in conscientia.

676. Jure com. vetitum non est ludere in pecuniam, dummodo ne quid illiciti aut contra bonos mores in ludo inveniatur. Nunc autem ex variis statutis ludere in pecuniam, quum contractus est aut pure aleatorius aut mixtus, prorsus illicitum est. Quum eventus aut omnino aut partim ex jactu aleæ pendet, ludi (b), excepto ludo qui anglice *backgammon* dicitur, non tantum illiciti declarantur, sed is qui tales ludos instituit in aliquo loco multæ ducentarum librarum, et ludentes multæ quinquaginta librarum singulis vicibus quibus luserint subjiuntur. Caupones etiam sub multa prohibentur ne permittant operariis aut famulis ludos aut aleatorios, aut prohibitos, ut chartarum [*cards*] in caupona exercere, et ipsi ludentes multæ subjiuntur. Ex 8 et 9 Vict. c. 109; 16 et 17 Vict. c. 119; 18 et 19 Vict. c. 38 is qui habet tabernam aleatoriam, ejusque ministri, si hujus delicti convicti fuerint jurejurando unius testis coram duobus magistratibus, aut multâ damnari quæ quingentas libras non excedat, aut in carcerem conjici possunt in tempus haud amplius duodecim mensibus, prout ipsis magistratibus videbitur. Insuper mandatum [*a warrant*] concedi potest a magistratu disciplinæ publicæ administris [*the police*] quo potestas eis concedetur ad domum explorandam ubi suspiciuntur tabernam aleatoriam haberi. Gravis multa imponitur eis qui aut obstant ingressui administrorum, aut qui quum in domo inveniuntur, nomina non vera sed ficta administris dant. Omnes qui in domo inveniuntur cogi possunt testimonium dare de ludis alearum, chartarum [*cards*], et de aliis ludis

(a) Quatenus ludi a sacris canonibus vetiti sint clericis, religiosis, et episcopis, Cf. S. Alph. de 7^o præcepto nn. 884 et 885.

(b) Ludi qui faro, basset, ace of hearts, hazard, passage, roly poly, et roulette dicuntur nominatim prohibentur.

illicitis, si qui in domo exercebantur. Neque se excusare possunt ut quæstionibus ne respondeant, ex eo quod ipsorum testimonium semetipsos noxios esse probabit; quia si verum testimonium aut coram magistratibus aut coram iudice dederint, instrumentum eis tradetur, quo ab omni multa et pœna liberabuntur.

677. Omnes sortiones seu loteriæ, sive publicæ sive privatæ, exceptis eis quæ habentur a societate quæ ad artes promovendas instituta est [*Art Union drawings*], sunt prorsus illicitæ, et eæ privatæ in quibus præmia aut tesseris ex urna trahendis, aut jactu alearum, aut lusu chartarum dijudicantur, nominatim prohibentur; et multa £500 in eum imponitur qui loteriam exercet, aut administrat, aut scienter eam in domo sua aut conclave exerceri permittit. Quicumque in loteria luserit, aut aleas jecerit, aut tesseras ex urna extraxerit, multæ £20 subijcitur. Sed ludi qui ex mera peritia pendent, ut ludus globulorum [*bowls*], pilarum pennatarum [*tennis*], latrunculorum [*chess*], pilæ [*cricket*], cursus cymbarum, aut equorum, non sunt illiciti, atque ideo collationes, et pacta de collationibus faciendis jure fieri possunt, ut pecunia vel alia res [*the stakes or prize*] comparetur victori cessura; et si is apud quem præmium certaminis deponitur [*the stakeholder*] id reddere recuset, ex jure hoc facere cogetur (a). Sed omnis contractus in modum sponsionis [*by way of gaming or wagering*] sive verbis sive scriptis initus, de eventu ludi etiam liciti, irritus et nullus est. Itaque quum Caius et Julius sibi invicem spondent de eventu ludi liciti, v. g. cursus equorum, et Caius vice-rit, non tantum cogere non potest Julium ad pecuniam de qua pactum est solvendam, sed ne quidem, a Sylvio apud quem deposita est jure exigere potest (b). In vadiis mortuis, syngraphis, chirographis ex quibus pecunia ludo deperdita solvenda est, pretium [*the consideration*] haud legale declaratum est; atque ideo inter

(a) The game of billiards is also lawful, but keepers of public billiard tables, bagatelle boards, and similar instruments, must be licensed by the magistrates annually, the penalty for using them without license being £10 per day, and the price of the license 6s. per year. No keeper of a billiard table, whether he has a victualler's license or not, is to allow any person to play between one o'clock at night and eight A. M., or at any hour on Sundays, Christmas Day, or Good Friday. Cf. "Every Man's Own Lawyer," p. 159. In statuto 8 et 9 Vict. c. 109, quo omnis contractus de ludibus aleatoriis et mixtis irriti et nulli declarantur expresse excipitur: *any subscription or contribution, or agreement to subscribe or contribute for or towards any plate, prize, or sum of money to be awarded to the winner or winners of any lawful game, sport, pastime, or exercise.*

(b) Caius got up a lottery on a horse-race to which 154 persons subscribed £1 each. According to the rules of the lottery the names of the horses and of the subscribers were to be placed in a box, and the subscriber whose name should be drawn out next after that of the winning horse was to receive £100. The

ipsos contrahentes a quibus sic dantur et accipiuntur, prorsus irrita et nulla sunt; sed si aliis qui nesciunt ea ob pretium illegale data esse, aut pretio æstimatione digno vendantur, aut a tergo inscribantur, hi pecuniam ex eis solvendam exigere possunt.

678. Si pecunia in ludo, sive licito sive illicito, perdita victori soluta sit nulla actio ad eam recuperandam competit. Sed si spondentes pecuniam aut aliam rem apud Petrum quemdam deponant, potest quivis ex illis ante veritatem cognitam vel eventum secutum, de quo sponsio facta est, suam pecuniam jure exigere. Quicumque ludendo aut spondendo [*in betting or wagering at any game*], fraude dolo aliisve mediis injustis pecuniam aliamve rem æstimatione dignam sustulerit, reus postulari potest de pecunia ex falso prætextu obtinenda, ideoque damnari ad servitutem pœnalem in tres annos, aut in carcerem conjici in duos annos, adjecta etiam opera pœnali. Ludere autem aleis falsis adhuc gravius crimen est. Insuper si quis aliquod scriptum [*placard, advertisement, &c.*] exhibuerit aut vulgaverit, quo indicatur aut sponsiones in certa domo confici posse, aut in ea indicem sponsionum exhiberi, aut homines alio quovis modo ut prædictam domum ad sponsiones faciendas frequentent incitaverit, reus erit criminis, cujus si fuerit coram duobus magistratibus convictus, ad multam 30 librarum cum impensis solvendam damnari potest, aut in carcerem in tempus tribus mensibus haud amplius conjici.

679. Prædicta præscripta quatenus omnem fraudem et dolum reprobant, omnino in conscientia servanda sunt, et quanquam actionem privatam ad pecuniam ex dolo in ludo illicito obtentam non concedunt, attamen lex municip. minime vult reum a restitutione facienda excusare, ideoque sine dubio in conscientia restituere tenetur. Juste etiam concedit lex ut is qui pecuniam, &c., apud tertium, aut in mensa ante ludum inceptum deposuerit, antequam eventus ex quo sponsio pendet evenerit, eam exigere aut auferre possit. Insuper is apud quem res deponitur, quæ ex præscripto legis victori tradenda est, sane eam huic dare tenetur. Deinde quoniam pecunia aliave res quæ tradita est ei qui in ludo etiam illicito vicerit, ab eo exigere jure nequit, is eam, nisi fraus intercesserit, retinere potest. Dubium ergo restat utrum is qui victus fuerit in ludo illicito, sine fraude vel dolo vel minis, et æqualitate

name of Julius was drawn out next after that of the winning horse, but Caius refused to pay the £100. Julius took an action against Caius for money had and received, and in his plea alleged that the subscriptions were paid by himself and others to Caius, and that under the regulations he became entitled to the £100; but the Court held that the plea disclosed a transaction within the prohibition of the Lottery Acts. Chitty, p. 646.

servata, teneatur summam de qua spoponderit solvere. Lex nostra contractum irritat in foro civili, minime vero in foro conscientiae, et hoc probatur consensu communi omnium civium justorum. Et re vera quoniam Caius, qui victus est, solutionem a Julio accepisset si ipse vicisset, manifestum est utramque partem tacite pacisci, ne alteruter opportunitate legis ad solutionem denegandam uteretur. Neque dicatur hos contractus ob bonum publicum irritari. Hoc quidem verum est, sed ad finem suum assequendum jus nostrum satis esse judicat, ut contractus in foro tantum civili irritus reddatur. Itaque quoniam in hac materia jus nostrum obligationem naturalem non aufert, doctrina quam supra ex jure naturali tradidimus tenenda est.



INDEX.

	Paginis.
Tractatus de contractibus, ...	1
Pars Prima.—De contractibus in genere, ...	ibid.

DISPUTATIO PRIMA.

DE CONTRACTUS DEFINITIONE, ORIGINE, ET DIVISIONE, ...	1
---	---

§ I. —De definitione contractus, ...	ibid.
§ II. —De origine contractum, ...	8
§ III. —De contractuum divisione, ...	11
De contractibus implicitis qui ex interpretatione juris iniri censetur, ...	15
De contractibus principalibus et accessoriis, ...	17
De contractibus absolutis et conditionalibus, ...	18
De contractibus simplicibus et solennibus, ...	21
§ IV.—De contractibus qui auctoritate tribunalis quod acta sua in tabulas refert muniuntur [<i>contracts by matter of record</i>], ...	22
De vadimoniis [<i>recognizances</i>], ...	24
Notanda de contractibus quæ in tabulas publicas referuntur, . . .	25
§ —De factis [<i>deeds</i>], ...	26
Qualis traditio necessaria est ut factum sit ratum, ...	27
De factis politis [<i>deeds poll</i>], et serratim scissis [<i>indentures</i>], . .	30
De contractibus simplicibus, ...	31

DISPUTATIO SECUNDA.

§ I. —De ceteris præscriptis juris municips quæ servari debent in facto conficiendo ut ratum habeatur, ...	33
De variis partibus factorum, ...	34
De pretio [<i>the consideration</i>] factorum, ...	36
De forma factorum, ...	37
§ II. —De vi et efficacia facti, ...	41
Quo modo dissolvi possit obligatio facti?	42
§ III. —Quandonam factum ad validitatem contractus sit necessarium? .	43
§ IV. —De regulis quæ in factis interpretandis observandæ sunt, . . .	45
§ V. —Quibus modis obligatio facti evitari possit, ...	51

DISPUTATIO TERTIA.

	Paginis
QUÆNAM CONDICTIONES IN OMNIBUS CUIJUSCUMQUE GENERIS CONTRACTIBUS REQUIRANTUR, UT CONTRACTUS RATUS ET VALIDUS SIT ?	58
§ I. — Quænam personæ sint contrahendi capaces ?	ibid.
Punctum primum.—De dominis et juribus uxorum circa possessiones et bona, ex lege quæ nuperrime (A. D. 1870) lata est,	59
Punctum secundum.—De dominio et juribus alienigenorum ex lege quæ nuperrime (A. D. 1870) lata est,	58
§ II. — Quænam sit materia contractus ?	61
§ III. — Quænam forma necessario servanda sit in contractibus faciendis ?	66
§ IV. — Quinam consensus ad contractum rite ineundum requiratur ?	67
Punctum primum.—An consensus internus requiratur ?	ibid.
An in contractu irritato aut rescindibili ex fraude, si jam executioni mandetur, deceptor habendus sit ut possessor bonæ fidei, et deceptor ut possessor malæ fidei ?	69
An is qui intentionem habeat contrahendi sed non se obligandi valide contrahat ?	72
Intentio implendi necessaria non est ut contractus sit ratus,	75
Punctum secundum.—Consensus debet esse externus,	ibid.
Punctum tertium.—Utrum consensus debeat esse mutuus ?	77
Utrum acceptatio debeat esse externa et sensibilis ?	78
Utrum acceptatio alteri contrahenti intimari debeat ?	79
Utrum necesse sit ut acceptatio ab altero contrahente cognoscatur ?	80
Qualis acceptatio sufficiat ?	82
Quo modo concurrere debeat consensus contrahentium ?	83
Punctum quartum.—An consensus debeat esse in idem placitum ?	86
Punctum quintum.—Consensus debet esse actualis aut virtualis, nisi obligatio ex præscripto legis inducatur,	90
An sufficiat consensus habitualis ?	91
An sufficiat consensus interpretativus aut præsumptus ?	93
An consensus debeat esse plenus et deliberatus ?	94
An debeat esse voluntarius ?	95

DISPUTATIO QUARTA.

§ I. — Quid sit substantia contractus ?	96
Quæ res ad substantiam contractus pertineant ?	9
Prima regula quæ ad capacitatem contrahentium spectat,	ibid.
Secundæ regula ad materiam contractus spectat,	ibid.
Tertia regula respicit formam contractus,	98
Quarta regula ad voluntatem contrahentium, et ad usum, consuetudinem, et interpretationem legis spectat,	102
Regula tradita a jurisperito Chitty,	104
Utrum error circa motum finale contractum irritet ?	105
§ II. — De vitiis consensui contrahentium oppositis; id est, de errore, dolo, et vi seu metu agitur,	109
Punctum primum de errore,	ibid.
De errore juris et facti,	ibid.
Errore circa rei substantiam, aut circa speciem contractus irritat contractum,	110

Discrimen inter simplicem errorem et dolum, ...	111
Punctum secundum de dolo, ...	113
De variis doli generibus, et quatenus contractum irritum aut rescindibilem reddat, ...	115
An ad dolum constituendum sufficiat culpa juridica, an vero requiratur culpa theologica gravis?	117
Præscripta juris nostri circa hanc materiam, ...	118
Dolus positivus et negativus, ...	119
Quid si dolus non proveniat ab altero contrahente sed a quodam alio?	121
Punctum tertium de vi et metu, ...	123
Quid et quotuplex sit durities [<i>duress</i>] prout in jure nostro accipitur, ...	124
Quatenus contractus ex metu initus sit irritus aut rescindibilis?	127
An præces importunæ contractum rescindibilem reddant?	130
An metus reverentialis contractum rescindibilem reddat?	131
De metu qui non a contrahente sed ab alio inentitur, ...	133
Quatenus crimina occulta sine injustitia revelari possint?	134
De contractibus initis ex metu revelationis criminis, ...	135
De pacto inito ab aliquo qui injuste condemnatus est, ...	136

DISPUTATIO QUINTA.

§ I. —De contractibus conditionalibus, ...	137
De variis conditionibus quæ contractui apponi possunt, ...	138
De contractu inito sub <i>conditione precedenti</i> , ...	139
De contractu sub conditione impossibili, ...	142
§ II. —De contractibus qui non ab auctoribus qui obligandi sunt, sed per procuratores [<i>agents</i>] conficiuntur, ...	144
Punctum primum.—Quis munere procuratoris fungi possit, et quotuplicis generis distinguantur procuratores?	ibid.
Quo modo constitui possint procuratores, et quo modo contractuum ab eis confectorum executio exigi possit?	146
Punctum secundum.—Quatenus auctor per actus procuratoris obligetur?	149
Punctum tertium.—Quatenus ipse procurator ex contractu a se inito obligetur? et quatenus actionem ad contractus executionem exigendam intendere possit?	153
Punctum quartum.—Quomodo potestas procuratori concessa revocari aut terminari possit?	156
§ III.—An et quo modo contractus qui aut irritus est, aut qui rescindi potest juramento confirmetur?	158
Punctum primum.—Utrum ex religione obliget, et ideo ex hac virtute servandum sit juramentum quod in confirmationem contractus irriti aut rescindibilis datur?	ibid.
Utrum Juramentum ex errore, metu, vel dolo contractui adjectum obliget ex virtute religionis?	163
Quis sit sensus effati juramentum sequi naturam contractus cui adjectur?	164
Punctum secundum.—An contractus ex se irritus aut rescindibilis fiat ratus aut irrescindibilis per juramentum quo confirmatur?	167
Quo modo interpretandum sit juramentum?	170

DISPUTATIO SEXTA.

Paginis.

§ I. —An valeant in conscientia contractus qui aut irriti aut rescindibiles sunt in foro civili ex defectu formalitatum quæ ut rati et firmi sint exiguntur?	172
§ II. —Quibusdam indicis cognosci possit utrum lex contractum irritet ipso facto, an tantum rescindibilem reddat per judicis sententiam?	178
An lex irritans tantum auferat obligationem civilem actionem denegando, relicta obligatione naturali contractum exsequendi?	180
§ III. —De executione contractus,	182
Punctum primum.—Quis exsequi debeat contractum; et quo modo impleri debeat?	ibid.
Punctum secundum.—Quando impleri debeat contractus?	186
Punctum tertium.—Quæ causæ ab executione contractus liberent?	188
Articulus primus.—Quo modo quis se liberare possit obligatione contractus per solutionem [<i>by payment</i>],	189
Articulus secundus.—De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus per consensionem partium et satisfactionem [<i>accord and satisfaction</i>],	198
Articulus tertius.—De modo quo Caius se liberare potest obligatione contractus eo quod alter contrahens Julius in solutionem debiti acceperit syngrapham aut aliud instrumentum ex quo pecunia solvenda sit aut ipsi Julio, aut Sylvio, vel ad ejus mandatum, aut ei qui id exhibuerit [<i>by accepting a bill of exchange or other negotiable security</i>],	202
Articulus quartus.—De modo quo quis ab executione contractus eximitur per liberationem [<i>a release</i>], aut a creditore, aut ab ipsa lege concessam,	208
Articulus quintus. Quatenus actio intenta ad contractus executionem exigendam, aut judicium secundum petitem jam latum, ejus obligationem suspendat aut auferat [<i>another action pending, judgment recovered</i>]?	216
Articulus sextus.—Quatenus arbitrium et arbitratorum judicium [<i>arbitrament and award</i>] obstant ne actio ad contractus executionem exigendam intendatur?	219
Articulus septimus. De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus offerendo alteri contrahenti summam sufficientem ad ejus postulatum exsolvendum,	221
Articulus octavus.—De modo quo quis se liberare potest obligatione contractus ope statuti quo definitur tempus intra quod actionem ad ejus executionem exigendam intendere necesse est, et quatenus ad hanc exceptionem salva conscientia recurrere liceat?	227
Articulus nonus.—De modo quo quis se liberare potest ab executione contractus per compensationem [<i>a set-off</i>],	245
Articulus decimus.—De modo quo minores, et mulieres nuptæ se excusare possunt ab exsequendo contractus,	256
Articulus undecimus.—Quo modo reus se excusare possit per defensionem æquitabilem [<i>an equitable defence</i>],	258

§ IV. —De damnorum compensationibus [<i>damages</i>] quæ exigi possunt apud tribunalia quum actio ob contractus violationem intenditur, ...	260
Punctum primum.—De discrimine inter pecuniam quæ solvenda est in compensationem damnorum quæ accipiuntur ex ipsius contractus violatione, quæ in nostro jure <i>a penalty</i> dicitur; et pecuniam certam quæ tota ob ipsam pacti violationem solvenda est, nulla habita ratione damnorum, quæ <i>liquidated damages</i> appellatur, ...	ibid.
Punctum secundum.—Quanta compensatio apud tribunalia ob contractus violationem exigi possit?	264
Punctum tertium.—Utrum quum actio intenditur ad damna ob violationem contractus exigenda necesse sit ea specialiter declarare?	269
Utrum quis teneatur reparare damna quæ ex ejus actu vel omissione non immediate sed remote et consequenter sequuntur si ea prævidere potuerit et debuerit, ...	272

PARS SECUNDA.

DE CONTRACTIBUS IN SPECIE, ...	273
--------------------------------------	-----

DISPUTATIO SEPTIMA.

§ I. —De promissionibus gratuitis spectato jure naturali, ...	ibid.
De discrimine inter propositum et obligationem, ...	ibid.
Ad obligationem etiam ex virtute fidelitatis inducendam requiritur intentio obligationem inducendi et ut hæc intentio extrinsecus manifestetur, ...	274
Discrimen inter virtutes fidelitatis et veritatis, ...	275
Tres sunt sententiæ de obligatione promissionis gratuitæ, ...	277
Prima quæ docet omnem promissionem gratuitam in materia gravi obligari sub gravi rejicitur, ...	ibid.
Secunda quæ negat per promissionem gratuitam cujus exsecutio in foro civili exigi nequit unquam induci obligationem gravem quoque rejicitur, ...	279
Tertia sententia quæ docet obligationem promissionis gratuitæ esse gravem in materia gravi quum promittens certo vult se sub gravi, et ideo ex justia, obligare, tenenda est, ...	281
Consectoria quæ ad usum attinent, ...	ibid.
II. —Quid requiratur ut promissio in foro civili valeat, ita ut ejus exsecutio apud tribunalia exigi possit?	282
De pretio necessario ut promissio rata sit in foro civili, ...	283
Quod attinet ad pretium quando de factis agitur dividitur in pretium <i>bonum</i> et pretium <i>æstimatione dignum</i> [<i>a good consideration and a valuable consideration</i>], ...	ibid.
In contractu simplici omnino necessarium est pretium æstimatione dignum, ...	ibid.
Regulæ ex quibus cognosci possit pretium sufficiens ad obligationem in foro civili inducendam, ...	285
Utrum ob inæqualitatem pretii promissio irrita habeatur?	286
Quodnam pretium in jure insufficiens reputabitur?	288

§ III. —De pretio ob promissionem quæ fieri censetur quum promissarius bona sua promissori tradit et committit,	291
§ IV. —Quatenus translatio [<i>the assignment</i>] debiti, conventiones ad lites evitandas et controversias componendas initæ, et promissiones mutuæ vicem pretii obtineant?	293
Utrum obligatio moralis sufficiens sit pretium?	295
Quid si pretium promissionis ex pluribus rebus constat quarum una est levis et insufficiens non autem illegalis,	299
§ V. —De tempore quo pretium promissionis præstari debet,	300
Quis apud tribumalia exigere possit promissionis executionem?	303
§ VI. —Quid de pretio factorum, si pretium sit illegale aut contra bonos mores?	305
Punctum primum.—Urum quum contractus initur sub conditione suspensiva licita unus ex contrahentibus, altero nolente, resilire possit, ita ut conditione postea impleta, contractus ratus et validus non efficiatur?	ibid.
Sententia affirmans probatur,	306
Punctum secundum.—An quum contractus conficitur sub conditione turpi suspensiva, conditione turpi impleta ab uno contrahente, alter suam partem exsequi teneatur quando hoc sine peccato, facere potest?	300
Quid de meretricibus tenendum sit?	ibid.
Quid si pretium promissionis sit aliquid quod alteri contrahenti ex justitia jam debitum sit?	311
Quid si non sit ex justitia debitum, sed tale ut præstari nequeat sine injuria tertii?	312
Utrum ob fraudem aut excessum pretii oriri possit obligatio restitutionis?	315
§ VII. —Utrum pretium acceptum pro actu aut omissione debita ex alia præter justitiam virtute restituendum sit; et quo sensu materia contractus ex justitia obligantis debet esse pretio estimabilis?	316
Discrimen inter casum quo pretium rei turpe sit jam solutum et casum quo tantummodo promissum est,	317
Obligationem restitutionis quandoque oriri ex violatione alterius virtutis præter justitiam probatur,	318
§ VIII.—De præscriptis juris nostri circa contractus quorum executio est contra bonos mores aut contra leges ob bonum publicum latas, et de promissionibus datis ob pretium quod aut bonis moribus, aut legi ob bonum publicum latæ adversatur,	319
Punctum primum.—De contractibus non legitimis ex jure com.,	321
De contractibus quorum executio est contra bonos mores,	322
De pactis quibus facultas negotia gerendi restringitur,	324
De contractibus qui vectigalibus publicis nocent,	ibid.
De contractibus quibus facultas matrimonium ineundi restringitur,	ibid.
De contractibus initis ad publica officia vendenda aut transferenda, aut ad rectam justitiæ administrationem impediendam,	325
Quædam alia pacta illicita exponuntur,	326
Punctum secundum.—De contractibus qui ex statutis parlamenti legitimi non sunt,	327

DISPUTATIO OCTAVA.

§ 1.	—De donationibus,	331
	De donatione inter vivos,	332
	An et quo modo possit donator donationem revocare?	334
	An mortuo donatore ante acceptionem possit donatarius rem rite et valide accipere?	336
	Communior opinio affirmat si ipse donator fecerit donationem, non vero si alteri donationem facere mandaverit,	337
	De donatione causa mortis,	338
§ II.	—De testamentis. De definitione, natura et forma essentiali testamenti,	339
	Punctum primum.—Quis possit testamentum facere?	341
	De quibus bonis et possessionibus per testamentum disponi possit?	343
	Quibus hæc legari possint?	ibid.
	Quid sint codicilli, et quænam solennitates ex præscriptis juris nostri sive in testamento sive in codicillis conficiendis servandæ sint?	344
	De forma attestationis, et quatenus necessaria sit?	348 et 351
	De mutationibus per interscripta aut lituras factis,	348
	Necesse est ut testator nomen suum testamento subscribat, aut ut alius eo mandante hoc faciat, aut ut jam subscriptum suum esse agnoscat,	349
	Necesse est ut duo testes nomina sua subscribant, aut ut ipsis præsentibus et annuentibus alius hoc pro eis faciat,	ibid.
	Quis nomina testatoris et testium scribere possit?	ibid.
	Quatenus simul præsentibus esse debent testator et testes dum eorum nomina subscribuntur,	346 et 350
	Quis possit esse testis?	350
	Quo modo perfici debeant codicilli, et utrum dies tum in testamento tum in codicillis notari debeat?	346 et 351
	Discrimen inter solennitates necessarias quando testamentum ad res immobiles, et quando tantum ad res mobiles attinet,	352
	Punctum tertium.—Quo modo interpretanda sint testamenta?	353
	De verbis adhibendis in testamento conficiendo,	354 et 355
	Quæ res legari possint, et quatenus necessarius sit ut legatarius superstes sit quum testator moritur, ut legatum valeat?	356
	De discrimine hoc sub respectu inter legatum status immobilis sive <i>talliati</i> sive <i>quasi talliati</i> et legatum alius status sive immobilis sive mobilis,	357
	De testamentorum interpretatione plura proferuntur,	358, 359 et 360
	Indicantur quædam quæ servari oportet in testamento conficiendo,	360
	Observanda de abalienatione agrorum per testamentum,	361, 362 et 363
	Punctum quartum.—Quo modo et apud quod tribunal probandum sit testamentum, quatenus attinet ad res sive immobiles sive mobiles?	363
	Probatio testamenti quatenus ad res mobiles attinet fit vel in forma communi, vel in forma contentiosa,	364
	De tribunalibus ad testamenta comprobanda institutis,	365 et 366
	Quis sit exsecutor testamenti, quis ad hoc officium constitui possit?	366 et 367
	An et quatenus necessarium sit exsecutorem testamenti constitutere?	368

Quatenus, deficiente exsecutore, necesse sit administratorem constituere?	368 et 369
Punctum quintum.—De modis quibus testamentum irritum ex defectu solennitatum ratum effici potest,	370 et seq.
Quibus modis rescindi possit testamentum ratum?	372 et seq.
Quo modo post rescissionem testamentum ab initio ratum iterum confirmari possit?	375
Punctum sextum. Quis constitui possit administrator bonorum illius qui aut nullum aut inhabilem exsecutorem constituit; aut qui intestatus mortuus est?	376
Quis ad officium administratoris constitui possit?	378
De discrimine inter exsecutorem et administratorem,	379
De ordine qui servandus est in debitis defuncti solvendis,	381
De obligatione solvendi legata,	383
Regula generalis est ut si legatarius moriatur ante testatorem legatum irritum fit. Exceptio ad hanc regulam exponitur,	384
Cui dandum est residuum post debita et legata testatoris soluta fuerint?	ibid.
De distributione bonorum illius qui intestatus mortuus est,	384 et seq.
Regulæ secundum quas computanda est consanguinitas cum eo qui intestatus mortuus est,	385
Ex statutis præsertim recentioribus subsidia exsecutoribus et administratoribus præbentur, quibus se a difficultatibus et periculo quibus non raro vexantur eripere possunt,	387
Punctum septimum.—Quo jure habeat quis potestatem de rebus suis per testamentum disponendi?	388
Variæ sententiæ proferuntur,	ibid.
Sententia auctoris,	390
De alia magni momenti quæstione, quatenus irritum sit in conscientia testamentum sine solennitatibus legalibus confectum, tres præcipue sententiæ exponuntur,	391 et seq.
Sententia auctoris,	392 et seq.
Principia in hac re servanda exponuntur,	394 et seq.
Quid de legatariis dicendum sit quum testamentum ex defectu solennitatum irritum est?	394 et seq.
Quid dicendum quando vere dubium sit utrum legislator voluerit legem suam attingere forum conscientiæ, ante sententiam, necne?	400
De vi obligandi juris nostri præscriptorum in fore conscientiæ,	401 et seq.
Hæc quæstio parum ad usum apud nos pertinet,	403
Potest quis obligari in conscientia ad implendam voluntatem defuncti, etsi instrumentum quo continetur omnibus solennitatibus destitutum sit, aut etiamsi verbis tantum declaretur,	405
Obligatio testatoris de eleemosynis erogandis,	407
§ III. —De commodato, et precario,	ibid.
De deposito,	408
De mandato,	409

DISPUTATIO NONA.

DE MUTUO ET USURA.

Paginis.

§ I. — De mutuo; ejus definitio, ...	412
Discrimen inter res quæ primo usu proprio, et res quæ nonnisi usu diuturno consumuntur, utrum materia mutui necessario debeat esse res primo usu proprio consumptibilis, ...	ibid.
Pecunia et aliæ res quæ ad commutationes faciendas inventæ sunt possunt esse materia mutui, ...	415 et 416
De origine et natura pecuniæ, ...	417
Metalla eis formis atque ponderibus quibus rem pecuniariam constituunt nullum alium habent usum nisi ad commutationes faciendas, ...	419
In contractu mutui res primo usu consumptibilis ut panis, vinum, aut fungibilis seu commutabilis, ut pecunia, tradi debet in usum consumptionis aut ad commutationes faciendas, ...	420
Dominium rei mutuate necessario ad mutuatarium transferri debet, ...	ibid.
Utrum in mutuo dominium valoris necessario transferatur?	421
Utrum in mutuo pecunia aut in specie physica aut in valore primo usu consumatur?	ibid.
Valor pecuniæ non pendet a voluntate principis aut reipubiæ, ...	422
Valor rei alicujus est commutabilis aut incommutabilis, ...	ibid.
Tres conditiones necessariæ ut res habeat valorem commutabilem, ...	423
Res publica signando rem aliquam ut moneta fiat, non potest in eam conferre valorem quem ex æstimatione communi non habet, ...	424 et 425
Quo modo determinetur valor pecuniæ?	425
Pretium auri et argenti præcipue pendet, tempore aliquo determinato, ex labore, periculo, et impensis, quibus ea ex metallis extrahuntur, et etiam ex industria et labore quæ in eis expurgandis adhibetur, ...	426
Valor pecuniæ hodie permulto minor factus est quam in temporibus antiquioribus, ...	427
Utrum pecunia mutua in eadem specie reddenda sit?	428
Necesse est ut pecunia reddatur non tantum ad eundem valorem <i>legalem</i> , sed et ad valorem, <i>commutativum</i> , ...	ibid.
Exempla ex tesseris Argentariæ Americanæ (<i>vulgo greenbacks</i>) et ex chartis nummariis Galliæ (<i>assignats</i>) proferuntur	ibid.
Ad mutuuum perficiendum requiritur mutuus consensus et rei traditio, ...	429
De obligationibus mutuatoris, ...	ibid. et seq.
An exigere possit rem mutuata in eadem mensura et quantitate, si pretium tempore solutionis augeatur, aut plus exigere si vilius fiat, ...	430 et seq.
De obligationibus mutuarii	432 et seq.
An mutuator rem debitam, ante tempus statutum accipere teneatur?	433
Qualis et quanta sit obligatio mutuuum dandi?	433 et seq.

DE USURA.

Paginis.

Articulus primus.—De nomine et definitione usurae,	435 et seq.
Usura a jure naturali, divino et ecclesiastico reprobatur,	436
Ratio a quibusdam recentioribus inde adducta ad probandum usuram esse contra legem naturalem quia mutuum ex sua natura debet esse gratuitum rejicitur,	437
Probatum fenus vi ipsius mutui perceptum legi naturali repugnare,	ibid. et seq.
Distinctio inter ea quae sunt mutuo intrinseca, et ea quae huic extrinseca sunt,	439
Pospositio damnata ab Innocent XI.	ibid.
Articulus secundus.—De titulis mutuo extrinsecis et pretio aestimabilibus ex quibus occasione mutui aliquid supra sortem juste exigi potest,	440
Licetum est occasione mutui vera dona accipere. Regula ex qua in dubio cognosci potest utrum donatio sit vera an tantum fucata,	ibid.
Punctum primum.—Damnum emergens est titulus justus aliquid supra sortem exigendi occasione mutui	441
Conditiones necessariae proferuntur,	442 et seq.
Punctum secundum.—Lucrum cessans est justus titulus aliquid supra sortem exigendi. Conditiones necessariae exponuntur,	444
An aliquid ex anctario deducendum sit oblaborem quem in lucro faciendo adhibere debuerit mutuator?	445
Destinatio lucrativa ex parte mutuatoris justus est titulus aliquid supra sortem exigendi, servatis debitis conditionibus,	446
Si pecunia non destinatur absolute, sed conditionate ad negotium ut si quis dicat: vellem negotiari, nisi multi peterent mutuum licetne luerum exigere?	447
An si quis bona fide ineat contractum usuarium, et lucrum exigat, re postea cognita, possit illud retinere, si vere poterat contrahere ex justo aliquo titulo?	448 et seq.
Opinio affirmans satis probabilis videtur,	450
Injuste non facit effective is qui sciens se damnum ex mutuo subiturum, attamen ex conscientia erronea pactum de fenore exigendo mala fide conficit,	451
Punctum tertium.—Periculum sortis verum et probabile justum esse titulum aliquid supra sortem exigendi probatur ex resolutionibus S. Sedis,	452
Recensentur conditiones necessariae,	453
Ex resolutionibus allatis et ex aliis postea aducendis inferitur, in aliquibus locis vel temporibus cum omni mutuo concurrere posse titulos extrinsecos, vi quorum, aliquid supra sortem accipere liceat,	ibid.
Regula ad damnum aestimandum,	454
Punctum quartum.—Licetum est poenam conventionalem apponere in mutuo servatis debitis conditionibus,	ibid.
Punctum quintum.—De obligatione non repetendi sortem ante certum tempus. Propositiones damnatae,	455

Utrum hæc obligatio sit justus titulus aliquid supra sortem exigendi? Tres sunt sententiæ. Opinio auctoris, . . .	456 et seq.
Re vera quum mutuator tenetur mutuum non repetere ante tempus notabile, nunc alii tituli justī et liciti inveniuntur . . .	457 et seq.
Pendet ex circumstantiis utrum aliquid ratione temporis longinquioris in quod mutuum datur, exigi possit necne, . . .	ibid.
Punctum sextum.—Mutuum negotiationis est verum mutuum et non locatio pecuniæ, . . .	458
Contractus trinus non conficitur in omni mutuo, . . .	459
Mutuum negotiationis non est titulus justus ex quo aliquid supra sortem exigere licet, . . .	ibid.
Probatur ex Encyclica Bened. XI. <i>vix pervenit</i> , . . .	460
Decisioni SS. Pontificis in prædicta Encyclica refragari non licet . . .	ibid.
Punctum septimum.—Titulus legis municipalis (civilis) prout communiter exponitur non est titulus justus ad aliquid supra sortem exigendum, . . .	461
Si tamen non intelligatur ut titulus ab aliis titulis mutuo extrinsecis distinctus, sed ut titulus qui eorum indicem et summarium vere exhibet, justus est, . . .	462 et seq.
Exponitur Encyclica Bened. XIV. <i>vix pervenit</i> , . . .	464
Censibus annuis a variis gentibus constitutis, ratio justa nunc omnibus præsto est lucrum ex pecunia faciendi etiam sine periculo sortis. Et reapse omnes nunc lucrum mediis justis ex pecunia facere volunt, . . .	465
Possit lex municipalis, titulis justis innixa rationem fenoris <i>legitimam</i> [<i>a legal rate of interest</i>] statuere, . . .	
Hoc tamen minime necessarium est, quia ex quo tempore pecunia mutua facta est res in commercio posita, habet <i>pretium seu fenus vulgare</i> , quod omnino in titulis justis extrinsecis nititur, et ex communi hominum æstimatione determinatur, . . .	466 et 467
Origo et natura Montium Pietatis exponitur, . . .	467
Bulla a Leone X., A. D. 1555, in concil. Lateran. V. de Montibus edita, . . .	ibid.
De Lombardis ut vocantur, id est de usurariis publicis, qui petierunt reconciliori cum Ecclesia ut pecuniam mutuari permetterentur, fenore ad normam Montium Belgicarum accepto, . . .	468
De commodis quæ institutio Montium Pietatis et mensurum publicarum cum auctario fixo et determinato mutuataris contulit, . . .	469
De fenore quod hodie apud argentarios exigitur, . . .	470
§ III. —Punctum primum.—De præscriptis juris nostri circa usuram et interesse, quod hodie vulgo dicitur, . . .	471
Contractus <i>expressus</i> de fenore solvendo in jure nostro irritus non est propter magnitudinem summæ solvendæ, . . .	474
Debitor non raro fenusolvere tenetur ex contractu implicito qui ex interpretatione juris inter ipsum et creditorem intercedere censetur, . . .	475
Ex statutis recentioribus fenus in quibusdam aliis casibus exigi potest, . . .	477
Punctum secundum.—De præscriptis juris nostri de mutuis pigneraticijs. Quantum fenus a pigneratoribus [<i>pawnbrokers</i>] exigi possit, . . .	478 et seq.

	Paginis.
De obligationibus illius qui pignus dat, ...	481
De obligationibus pigneratorum, ...	482
De societatibus ad mutua præstanda constitutis. Duplicis sunt generis, 1. quædam ad mutua præstanda in proprium sociorum commodum constitutæ sunt; aliæ ad mutua pauperibus præstanda ordinantur, ...	483
De societatibus quæ ad mutua præstanda in commodum sociorum ordinantur, ...	ibid.
De societatibus lege parlamenti A. D. 1836, institutis in Hibernia ad mutua in commodum pauperum præstanda, ...	484
De Montibus pietatis in Hibernia institutis, ...	485 et seq.
Monitum ad pauperes de mutuis petendis, ...	486
Punctum tertium.—Resolutiones recentiores S. Sedis de usura, ...	487 et seq.
Hæ resolutiones nullo modo auctoritate legum municip. nituntur, neque ullam vim titulo legis municip. tribuunt, ...	491
Prædictæ resolutiones non eo nituntur principio quod pecunia mutua data est mercatoribus ut ex ea ditescant, ...	492
Doctrina a nobis tradita de fenore sive <i>legitimo</i> sive <i>vulgari</i> confirmatur responsionibus S. Sedis, ...	493, et seq.
Punctum quartum.—Regulæ quædam ad usum spectantes hac in materia servandæ statuuntur, ...	496
Ex eis quæ demonstravimus de vero sensu resolutionum recentiorum S. Sedis constat doctrinam Ecclesiæ et præsertim Bened. XIV. in Encyc. <i>Vix pervenit</i> manere inconcussam, nullamque esse oppositionem inter ipsam et decisiones recentiores S. Sedis, et ideo semper illicitum esse aliquid supra sortem accipere <i>vi præcise mutui</i> , ...	497
Licere argentariis, nummulariis &c. accipere pretium aut <i>legitimum</i> aut <i>vulgare</i> pro pecunia ab ipsis mutua data, ...	497 et 498
Non eis licere aliquid supra hoc exigere nisi ratione tituli extrinseci <i>extraordinarii</i> , ...	498 et seq.
Quantum feneris ex mutuis minutis accipere liceat?	500 et 637
Monitum ex Encyclica Bened. XIV., ...	ibid.

DISPUTATIO DECIMA.

DE CONTRACTIBUS ONEROSIS, DE CONTRACTIBUS QUOS SCRIPTIS CONFICERE NECESSE EST, ...	502
§ I. —Quid intersit ex jure nostro inter contractus scriptos et non scriptos?	ibid.
Quidam contractus simplices irriti sunt nisi scriptis conficiantur, ...	503
Hoc præscriptum etiam attinet ad contractus apud exteram gentem initos, ...	504
§ II. —De contractibus quos ex præscriptis statuti contra fraudes scriptis confici necesse est, ...	ibid.
Quatenus attineat ad contractus de abalienatione agrorum initos, ...	ibid.
Sec. IV ^a . hujus stat. quinque genera contractuum complectitur, ...	505
Sextum contractum ex alio stat. scriptis confici necesse est, ...	506
Exponitur sensus statuti, ...	ibid.

Necesse est ut tota conventio et pretium in instrumento exprimat, ...	507
Sufficit si ex pluribus diversis scriptis conventio collegi potest, ...	508
Necesse est ut instrumento subscriptum sit nomen illius cui actio ad contractus executionem exigendam intenditur, ...	509
Sufficit si nomen in initio aut in corpore instramenti scribatur, ...	510
Sufficit si nomen typis impressum sit, ...	510
Punctum primum.—Primus contractus quem scriptis confici necesse est, est promissio qua exsecutor testamenti, aut administrator spondet se ex propriis suis bonis debita defuncti soluturum, aut damna ab eo illata reparaturum, ...	511
Secundus contractus est promissio qua quis in se recipit, se debita, defectionem, aut res male gestas alterius præstaturum, ...	512
Punctum secundum.—Sextus constructus qui magnam cum tertio habet affinitatem et promissio qua quis, fidem facit de indole, moribus, existimatione, capacitate, rebus secundis, negotiatione, aut consuetudine alterius, eo fine aut proposito ut hic pecuniam vel bona, pecunia non præsentì obtineat, ...	514
Tertius contractus est conventio in qua pretium promissionis est matrimonium, ...	515
Quartus contractus complectitur omnes conventiones de agris, tenementis aut hereditamentis, aut de quovis emolumento quod ad agros pertinet, ...	516
Quo modo cognosci possit utrum emolumenta attineant ad agros necne?	517
Contractus prædicti etsi scriptis non conficiantur irriti non sunt etiam in foro civili et multo minus in conscientia. Lex municip. tantum actionem ad eorum executionem exigendam denegat, ...	522
Ultimum genus contractuum quos ex sect. 4 scriptis confici necesse est, ii sunt qui ex eorum facie, ut aiunt, implendi non sunt ab alterutra parte intra annum, ...	524

DISPUTATIO UNDECIMA.

DE CONTRACTIBUS ONEROSIS IN SPECIE, ...	226
Punctum primum.—Utrum in contractu venditionis et emptionis dominium rei, vel juris quod venditur, in emptorem directe et vi contractus transferri debeat?	526, et seq.
Punctum secundum.—In contractu venditionis requiritur ut dominium rei venditæ pro pretio transferatur, ...	530
Pretium est aut legitimum aut vulgare, ...	531
De pretio legitimo, ...	531, 532
Pretium vulgare definitur et exponitur, ...	533, 534
Probat hoc pretium non pendere ex conventionem partium sed fixum et determinatum esse, et ex communi hominum æstimatione pendere, ...	534, et seq.
An res quæ vulgarem æstimationem non habent, ut gemmæ grandiores, veteres picturæ, &c., tantum vendi possunt quantum emptor sciens dare voluerit, ...	536
Quando res quæ apud nos parum valent apud aliquas nationes magni communiter æstimantur, hoc pretio eas vendi possunt, ...	537
Longe major libertas in pretio determinando comeditur quam	

de rebus raris et pretiosis. quam quum de rebus communibus et ad vitam necessariis agitur, ...	538
Pretium vulgare in <i>summum, medium et infimum</i> dividitur, ...	539
Secluso pacto speciale licitum est summo pretio vendere et infimo emere, ...	ibid.
Definiuntur fines intra quas pretium vulgari constitui debeat, et quæ latitudo in eo æstimando concedenda, ...	540, et seq.
Punctum tertium.—An et quatenus liceat vendere pluri quam summo pretio et emere minoris quam infimo?	343
An quis possit pretio vulgari vendere rem quam privatim scit brevi minoris valituram?	544, et seq.
An quis possit emere parvo pretio res pretiosas quæ apud eos qui res veteres venditant, aliquando venales proponuntur?	546
An mercatoribus liceat merces suas pluri quam pretio summo vendere quia ex imperitia aut ex alia causa pluri quam pretio solito emerint?	547
Punctum quartum. — Quid sit monopolium, et an licitum sit?	547, et seq.
Quo modo in casu monopolii statuendum sit summum pretium justum?	548
Ex principiis stabilitatis artifices, opifices, et alii qui inter se paciscuntur, ut ne operentur nisi mercedem summa ampliorem accipiant justitiam violant. Injusta etiam est conventio ut unus opifex opus ab alio inceptum ne perficiat, etiamsi hic ab opere perficiendo justissime arceatur, ...	549
Monopolio injusto jam facto non possunt ii qui nullam partem in hac injustitia inferenda habuerint pretio sic constituto vendere, ...	551, et seq.
§ II. — Punctum primum.—An et quatenus venditor rei suæ vitia patefacere teneatur?	551
Quid jure naturali spectato dicendum sit?	552, 553
Quatenus venditor rei immobilis rem esse suam spondere censetur?	553
Venditor mercium, ex præscripto juris nostri non censetur spondere <i>implicite</i> se earum dominium habere, si vero affirmet res esse suas <i>explicite</i> se obligare censetur ad bonum titulum præstandum, ...	ibid.
Regula generalis juris est venditorem mercium quarum ipse dominium non habet, bonum titulum emptori dare non posse, ...	554
Prima exceptio ad hanc regulam exponitur, ...	ibid.
Secunda exceptio attinet ad merces quæ in nundinis publicis venduntur. Quid sint nundinæ publicæ?	ibid.
Præscripta specialia quæ attinent ad venditionem equorum, ...	555
Quædam aliæ restrictiones circa translationem domini mercium quæ in nundinis publicis venduntur exponuntur, ...	555, 556
An liceat ei qui rem furtivam bona fide emerit, eam furi reddere, ut pretium recuperet?	556
Licet rem furi reddere quum emptor pretium alio modo recuperare non possit, ...	557
Punctum secundum.—Quænam sit forma contractus venditionis et emptionis ex juris nostri præscriptis?	558
Quatenus hunc contractum scriptis confici necesse sit?	560

	Paginis.
§ III. —Punctum primum.—De venditione in atrio auctionario, . . .	563
An venditor injustitiæ reus sit, si aliquos qui simulent se bona fide licitari immittat, ad pretium augendum? . . .	564
Præscripta juris nostri circa hanc rem exponuntur, . . .	564, 565
Necesse est ut quum res in atrio auctionario venduntur præscripta statuti contra Fraudes serventur, . . .	565
Pactum confici debet cum curatore auctionum de mercede ei solvenda, . . .	566
Quo modo injustitia fit ex parte venditorum? . . .	567
Pactum inter plures initum ut alii contra alios ne licitentur ex jure nostro fraudulentum est, . . .	568
Potest tamen quis rogare alios ut ne licitentur, . . .	ibid.
Quo modo læditur justitia ex parte curatoris auctionum? . . .	569
Quandonam possit contractus in atrio, &c., initus rescindi? . . .	570
Quo modo possit ejus executio jure exigi? . . .	571
Punctum secundum.—An procuratores, famuli, &c., qui res vendunt pluris, aut emunt minoris quam pretio designato, quicquid pretii superest retinere possint? Prexenetæ [<i>brokers</i>] hoc juste facere non possunt, . . .	571
Idem statuendum est de omnibus aliis, nisi alium habent justum titulum quo aliquid sibi retinere possint, . . .	572
Tituli sunt 1. pactum expressum aut tacitum quo hoc procuratori permittitur, . . .	ibid.
2. Diligentia extraordinaria et indebita ex parte procuratoris, . . .	573
3. Si bona fide et pretio justo rem sibi emat et postea carius vendat, . . .	ibid.
Quid dicendum sit de famulis, sartoribus, &c., . . .	574
Punctum tertium.—De venditione per libellum mancipii, qui dicitur, perfecta [<i>a bill of sale</i>], . . .	575
Venditio conditionalis sæpe hoc modo, ex fraude conficitur, . . .	576
Præscripta juris circa hujusmodi venditiones, . . .	ibid.
Hic contractus plerumque in modum vadii mortui conficitur, . . .	577
Quænam solemnitates in hoc contractu conficiendo servandæ sint? . . .	575
Punctum quartum.—De jure venditoris ad bona in transitu arripienda [<i>stoppage in transitu</i>], . . .	580, et seq.
Præscripta juris de hac re exponuntur, . . .	581
Quo modo deperditur jus venditoris ad bona arripienda? . . .	582
Quædam quæ juri venditoris non obstant indicantur, . . .	583

DISPUTATIO DUODECIMA

§ I. — De contractu qui anglice <i>bailment</i> appellatur, . . .	584
Contractus iniri possit in gratiam solius dantis, aut solius accipientis, aut utriusque, . . .	585
In omnibus contractibus qui <i>bailment</i> appellantur possessor rei <i>proprietatem qualificatam</i> in ea acquirit, . . .	ibid.
Quid intelligatur per jus speciale et generale rem alienam detinendi in modum pignores [<i>a special and a general lien</i>] exponitur, . . .	ibid.
Punctum primum.—De locatione operis faciendi, . . .	586
Ut caupo damna hospitum reparare teneatur quinque conditiones requiruntur, . . .	586, 587

Censetur in jure suscipere obligationem de bonis hospitem cavendi [<i>he is regarded as an insurer</i>]. Nova lex de obligationibus cauponum,	587
Punctum secundum.—De locatione rei,	588
Punctum tertium.—De locatione mercium vehendarum; quis in jure nomine vectoris communis [<i>a common carrier</i>] intelligatur?	589
Articulus primus.—De mercibus quas portare teneatur vector communis,	ibid.
Tenetur mercedem tantum <i>rationabilem</i> exigere, sed jure communi eandem mercedem ab omnibus accipere non tenetur,	590
Ex statutis vero recentibus tenentur societates a quibus viæ ferreæ, et fossæ navigabiles administrantur, nullum commodum speciale alicui civi aut societati præ alio cive aut societate concedere,	ibid.
Vector tenetur merces sine mora inusitata, et via consueta, sive terra, sive mari, transvehere; et ex jure censetur in se suscepisse de eis cavere [<i>he is regarded as an insurer</i>]; et ad damna præstanda tenetur etiamsi bona ei vi vel furto ablata fuerint aut casu perierint,	592
Possunt prædictæ societates earum obligationes certis finibus circumscribere per pacta specialia, quæ tamen justa et rationalia esse debent,	ibid.
Non possunt earum obligationes circumscribere <i>per indicium generale</i> , se damni reparandi obnoxios non fore,	ibid.
Quid si viator de valore mercium magni pretii reticeat?	593
An societates prædictæ ut viatores communes habendi sint quantum attineat ad sarcinas viatorum?	ibid.
Ubinam deponere teneantur sarcinas viatorum?	595
Proferuntur et explicantur leges quæ ad minuendas obligationes vectorum, quod attinet ad res pretiosas, latæ sunt,	595 et 596
Articulus secundus. De transvectione animalium,	596
Quid sit libellus oneris [<i>a bill of lading</i>], et ad quid ex eo teneatur navarehus?	597
Articulus tertius.—De obligationibus vectoris communis, quantum attinet ad transvectionem viatorum,	599
Quantam diligentiam adhibere tenentur vectores, et præsertim ii a quibus via ferrea administratur,	600
Actio eis intendi possit, si vehicula tempore statuto præsto non sint,	601
§ II. — De contractu societatis [<i>partnership</i>],	
Ex societatibus quæ ad rem gerendam coeuntur, quædam privilegiis corporum [<i>corporations</i>] potiuntur; quædam non	ibid.
Punctum primum.—Quo modo coiri possunt societates quæ privilegiis corporum non gaudent, quantum attinet ad socios inter se,	ibid. et seq.
Potest quivis ex sociis partes suas rei communis abalienare alteri et sic ei concedere emolumentum ex his partibus percipiendum, non tamen potest eum socium constituere sine aliorum sociorum consensu,	603
Quo modo designentur societates?	ibid.

Contractus vel actus unius ex sociis, in eis quæ ad negotium societatis pertinent, ut contractus vel actus totius societatis habetur, ...	604
Punctum secundum. Quo modo constitui possit quis socius alicujus societatis, quantum attinet ad alios præter socios, ...	ibid.
De sociis nomine ternus et dormientibus [<i>nominal and dormant partners</i>]	605
Præscripta legis recentissime latæ de actibus qui intercedere possunt inter quemquam et societatem, ex quibus actibus non censetur in jure se socium implicite constituere, ...	ibid.
De discrimine inter obligationes socii nomine ternus et dormientis, ...	606
Merum commune commodum quod a pluribus ex quodam negotio percipiendum est nisi saltem lucra sint inter eos partienda, eos socios non facit	606
Quo modo dissolvatur societas?	607
Quo modo socii se liberare possint ab eorum obligationibus erga alios?	608
An societate dissoluta possit socius qui acceperit potestatem ad res illius componendas, syngraphas nomine societatis conficere?	ibid.
§ III.—Punctum primum.—De societatibus quæ <i>joint-stock companies</i> appellantur, ...	609
De lege ex qua possunt cives privati se ipsi in corpus certis terminis circumscriptum consociare [<i>The Companies Act, 1862</i>], ...	ibid.
Quo modo hoc efficere possint?	610
Quod attinet ad obligationes sociorum hæ societates triplici modo constitui possunt, ...	ibid.
Quid de obligationibus sociorum in societatibus argentariis [<i>banks</i>] statuendum sit?	611
An necesse sit ut societas quæ quæstus causa constituitur corpus modo exposito efficiatur?	ibid.
Quo modo dissolvatur societas quæ <i>Joint stock Co.</i> appellatur?	612
Punctum secundum.—De societatibus quæ <i>Joint-stock Banking Companies</i> appellantur, ...	613
Societates argentariæ sunt aut privatæ aut corpora	ibid.
Quænam ex eis potestate tesseræ argentarios [<i>bank notes</i>] edendi potiantur?	ibid.
Quando et quo modo possit socius se liberare ab obligationibus quas societas erga alios contraxerit?	614
De fraudibus quibus quædam societates alios circumveniunt	ibid.
Quædam exempla hujus rei proferuntur, ...	615
Punctum tertium.—De contractu trino, ...	616
Ejus ratio et natura exponitur, ...	617
Quid de ejus justitia vel injustitia censendum sit declaratur, ...	618
Quid de eo in jure nostro statuatur?	619
Quatenus unus socius actionem alteri intendere possit, ...	620

DISPUTATIO TERTIA DECIMA.

§ I. — De pactis solennibus quæ anglice [<i>bonds</i>] appellantur, ...	621
Exemplum hujusmodi pacti tum absoluti tum conditionalis profertur, ...	622
Quid si conditio sit impossibilis, dubia, aut illicita, ...	623

	Reus est feloniam is qui furatur, aut ex fraude abscondit, aut destruit aut obliterat, syngraphas, chirographa, testamenta, &c.	624
§ II. —	De cambio [<i>exchange</i>], ...	ibid.
	De cambio per literas, ...	625
	Punctum primum.—De syngraphis [<i>bills of exchange</i>], ...	626
	Earum natura exponitur, ...	627
	Quo tempore præstanda sit pecunia ex syngrapha debita?	628
	Syngraphæ domesticæ et peregrinæ, ...	629
	Quo tempore, et quatenus offerri debeat syngrapha ei a quo pecuniæ solutio petitur?	ibid.
	Quinam teneantur, et quo ordine pecuniam ex syngrapha debitam solvere?	630
	Quum is qui primo loco solvere tenetur hoc recusat, rationabile indicium hujus rei dandum est aliis a quibus solutio petere vult, ...	631
	Quid si is a quo per instrumentum solutio certæ summæ petitur, ei nomen suum ascribere recuset?	ibid.
	De instrumento quod in jure <i>acceptance supra protest, for honour of the drawer or of the indorser</i> dicitur, ...	632
	De instrumento quo uti liceat tantum in casu necessitatis, ...	633
	Punctum secundum.—De Chirographis [<i>promissory notes</i>], ...	ibid.
	Eorum forma et natura exponitur, ...	634
	Pro quanta summa necesse sit ex jure ut valeant tesserae argentariæ, syngraphæ, et chirographa?	ibid.
	De instrumento quod I O U appellatur, ...	635
§ III. —	De censibus annuis. Quinam census apud nos auctoritate publica vendantur?	636
	Quo modo hic contractus inter cives privatos conficiatur?	ibid.
	Quid requiratur ut hic contractus sit justus?	637
	Sententia auctoris, ...	638
§ IV. —	De locatione et conductione. Ejus natura et forma exponitur, ...	ibid.
	Punctum primum.—De juribus et obligationibus herorum, administratorum, et famulorum, tum inter se, tum in eis quæ ad alios spectant, ...	639
	Expediit ut contractus scriptis conficiatur, ...	ibid.
	Quum indefinite initur in annum ex jure perdurare censetur, ...	ibid.
	Anno elapso contractus expletus est, neque ullum indicium ad eum terminandum ex alterutra parte requiritur, ...	640
	Famulus juste dimissus nullam partem mercedis annuæ exigere potest, ...	641
	Quatenus herus damna a famulo illata reparare teneatur?	642
	Quatenus herus testimonium de moribus, &c., famuli dare teneatur?	643
	Testimonium heri in his casibus ex jure privilegio potitur, ...	ibid.
	In quo consistat hoc privilegium exponitur, ...	644
	Tenetur herus mercedem pecunia et non aliis rebus solvere, ...	ibid.
	Punctum secundum.—De juribus et obligationibus artificis et discipuli [<i>master and apprentice</i>] inter se, ...	ibid.
	Quo modo dissolvatur hic contractus?	645
§ III. —	De fidejussione [<i>guarantee</i>], ...	646
	Quænam est forma præscripta hujus contractus?	ibid.
	Quatenus et quo modo obligetur fidejussor?	647

Tribunalia vigilant ne fidejussor fraude circumveniatur, . . .	648
Sponsor a debitore principali exigere potest compensationem omnium damnorum et impensarum quas ob hujus defectum facere coactus est, . . .	649
Quatenus sponsor in conscientia obligationes quas susceperit adimplere teneatur, . . .	ibid.
§ III. — Punctum primum.—De contractu pignoris, . . .	651
Punctum secundum.—De hypotheca et de vadio mortuo, . . .	ibid.
Quid per æquitatem redemptionis intelligatur? . . .	652
De actione quæ a <i>bill of foreclosure</i> dicitur, . . .	653
Quid si iidem agri pluribus successive in vadio mortuo abalienentur? . . .	654
Potest is qui agros in vadio mortuo accepit ad debitum tutum præstandum, eos, debito non soluto, vendere, etiam sine auctoritate judicis, . . .	655
Quid si pretium agrorum non sufficiat ad totum debitum solvendum? . . .	ibid.
De vadio mortuo ex æquitate <i>an equitable mortgage</i> , . . .	656
Quo modo vadium mortuum rerum mobilium confici possit? . . .	657
Quis possit agros a vadio mortuo exonerare? . . .	ibid.
§ IV. — De assecuratione, . . .	ibid.
Punctum primum.—De contractu quo quis de navibus et oneribus cavet, . . .	ibid.
Quinam nomine subscriptorum [<i>underwriters</i>] appellantur? . . .	ibid.
Quid per <i>Lloyds</i> significetur? . . .	658
Quo modo contractus quo de navibus et oneribus cavetur conficiatur? . . .	ibid.
Plerumque per proxenetas [<i>brokers</i>] initur, . . .	659
Subscriber damna reparare tenebitur etsi navis perierit ante contractum initum, . . .	ibid.
De præscriptis juris, quibus non servatis, contractus quo de narve et onere cavetur irritus est, . . .	660
Ex quibus rebus pendet summa in modum præmii solvenda, quum de navibus et oneribus cavetur, . . .	661
Utrum antequam reparatio damni exigi possit, necesse sit probare casum evenisse? . . .	ibid.
De modo quo damnum præstandum sit, . . .	662
De instrumentis assecurationis quæ <i>valued policies</i> et <i>open policies</i> appellantur, . . .	663
Punctum secundum.—De contractu quo adversus damna quæ ex igne fortuito eveniunt cavetur, . . .	664
Quo modo confici debeat instrumentum quo adversus hæc damna cavetur? . . .	665
De obligatione imposita adversus damna quæ ex igne inopinato evenire possunt cavendi, . . .	666
De diebus gratiæ quæ a societatibus conceduntur, . . .	ibid.
An liceat de eisdem rebus apud diversas societates cavere? . . .	667
Punctum tertium.—De contractu quo adversus damna quæ ex morte eveniunt cavetur, . . .	ibid.
De variis modis quibus hic contractus confici potest, . . .	668
Nemo potest cautionem de alterius vita adhibere nisi ex ea commodum pecuniarium habet, . . .	ibid.

Conditiones quas exigunt societates quæ ad damna quæ ex morte proveniunt præstanda se obligant, ...	67
§ V. — Punctum primum.—De sponsione, ...	ibid.
Quæ conditiones requirantur ut sponsio sit justa et licita, ibid. et s.	67
Punctum secundum.—De sortione seu loteria, ...	ibid.
Diversa genera loteriarum, et conditiones necessariae ut loteria sit justa et licita spectato jure naturali, ...	ibid.
Utrum justum sit exigere ultra pretium vulgare rerum quæ in modum proemii proponuntur?	ibid.
Illicitum est aliquid supra summum pretium exigere quum loteria commercii causa instituitur, licitum vero in aliis casibus, ...	67
Punctum tertium.—De ludo. Illius variae significationes, ...	ibid.
Ut mera animi relaxatio, est licitus et necessarius, ...	ibid.
Definitur ludus prout est contractus. <i>Justus</i> est debitis condi- tionibus servatis. Debitæ conditiones recensentur et expo- nuntur, ...	67
Quid si is qui in ludo victus fuerit pecuniam alienam exposuerit?	ibid.
Quid si solvendo non sit?	ibid.
Quid si minor esset, aut ebrius, aut vi vel metu coactus?	67
Quid si victus cogat victorem ad ulterius ludendum, et ille postea vicerit?	67
Utrum is qui habeat intentionem non solvendi si vincatur, lu- crum retinere possit si vicerit?	ibid.
Quid de eo qui fraudibus in ludo usus sit?	67
Utrum si unus ex lusoribus in numerandis punctis erraverit, alter eum monere teneatur?	ibid.
An is qui casu inspiciat chartas alienas possit hac opportunitate uti ad lucrum faciendum?	ibid.
Quid si unus ex ludentibus sit altero multo peritior?	678
Quænam conditiones requirantur ut ludus sit <i>licitus</i> ?	679
Quid de sacerdotibus, religiosis, et clericis dicendum sit?	680
Punctum quartum.—De præscriptis juris nostri de contractibus aleatoriis, ...	ibid.
Quid si ludus sit pure aleatorius?	ibid.
Quid de cauponibus qui permittunt famulos aut operarios in cau- pona ludere?	ibid.
Quid de eis qui tabernam aleatoriam habent, aut qui in ea ludunt, aut in ea inveniuntur?	ibid.
Quid de sortitionibus seu loteriis statuatur?	681
Quinam ludi ex jure sint liciti?	ibid.
Quid de syngraphis, vadiis mortuis, chirographis, &c., ex quibus pecunia ludo deperdita solvenda est?	ibid.
Quid si pecunia in ludo sive licito sive illicito perdita victori so- luta sit?	682
Ad quid teneatur lusor in conscientia?	ibid.
Utrum is qui victus fuerit in ludo illicito summam de qua spon- dent solvere teneatur?	ibid.
Præscripta juris nostri in hac materia non attinent ad forum con- scientiæ sed tantummodo ad forum externum, ...	683

C 879

14037

CROLLY G.

AUTHOR

De Justitia et Jure II

TITLE

DATE LOANED	BORROWER'S NAME	ROOM NUMBER
	<i>S. Marie</i>	MAR 14
	[REDACTED]	
	DEC 5 1986	
		14

14037

